بسم الله الرحمن الرحيم

[وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلاَّ رِجَالاً نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنْتُم لاَ تَعْلَمُونَ]

[النحل : 43]

مقدمة

الهدف من البنوك الإسلامية

إن هدف البنوك الإسلامية هو جمع مدخرات المسلمين ، وتوجيهها للاستثمار بالطرق الشرعية مساهمة منها في خطط التنمية الشاملة لمجتمعاتهم ، وقد كانت الشريعة الإسلامية معجزة في أحكامها المتعلقة بالعمل والكسب ، والإنفاق والادخار ، والاستثمار والتنمية فهذه الأحكام في مجموعها تقطع بأن العمل لكسب الرزق عبادة ، وأن الإنفاق مباح في الحلال دون الحرام وهو في الحلال مقيد بالاعتدال دون إسراف أو تبذير .

وهذا يؤدي دون شك إلى ادخار الجزء الباقي من الدخل بعد الإنفاق ولما كان الإسلام قد نهى عن كنز المال وعن منعه من التداول لإنتاج مزيد من السلع والخدمات فقد بات لزاما على الفرد والجماعة استثمار هذه المدخرات خروجا من الحرام وكان على ولي الأمر المسلم أن يعد خطط التنمية وان يوفر لها الإمكانات وأن يوجه إليها الموارد المتاحة وأهمها الموارد البشرية التي تقوم تنفيذ هذه الخطط بخبرة وإخلاص .

ولما كانت الشريعة الإسلامية نظاما كاملا لحياة الناس ، في كافة المجالات ، وحاكمة على تصرفاتهم بالإذن أو المنع ، وهي قادرة على أن تحقق مصالحهم وتلبي حاجاتهم ، وتقيم العدل بينهم ، وأن ما عداها مما يناقض أحكامها يفوق على الناس مصالحهم ويجلب الشرور والمفاسد عليهم ، ويخل بموازين العدل بينهم ، لما كان ذلك كذلك وجب على الأمة وعلى أهل الذكر وذوي الخبرة فيها تنظيم الحياة كلها وعلى وجه خاص الاقتصادية منها وفق منهج الله و استنباط أحكام ما يجد من نوازل في هذه الحياة على وفق هذا المنهج .

ولما كان موضوع استثمار المدخرات وصيغ تمويل المشروعات الاستثمارية هو هدف البنوك الإسلامية ، ومجال عملها ، فقد رأيت أن أساهم في هذه الورقة بعرض موجز للتعريف بالاستثمار الإسلامي وخصائصه وأنواعه ، ثم عرض صيغه المتاحة للبنوك الإسلامية في الحاضر .

الباب الأول

الاستثمار الإسلامي

أعرض هذا الموضوع في فصلين :

أولهما : أقدم فيه أهم الأصول أو القواعد الشرعية الحاكمة في مجال عقود الاستثمار ، وأوعية الادخار وصيغ التمويل ، وما يتصل بذلك من عمل البنوك الإسلامية ، كالخدمات المصرفية .

وثانيهما : أعرف فيه الاستثمار الإسلامي ، خصائصه وأنواعه ، ومقارنته بالاستثمار القائم على الربا .

الفصل الأول

الأصول والقواعد الشرعية

الحاكمة لعقود الاستثمار وصيغ التمويل المبحث الأول

الأصل في العقود المالية الجواز

الأصل في العقود والشروط والتصرفات المالية بصفة عامة الجواز ، ما لم يـــرد دليـــل شرعي معتبر يقوي على معارضة هذا الأصل ، ويترتب على ذلك أن الأوعية الادخاريـــة وصيغ التمويل وطرق الاستثمار التي تستنبطها البنوك الإسلامية وتطرحها في العمـــل في مجالات الخدمات أو التمويل ، أو الاستثمار يحكم عليها بالجواز بناء على هـــذا الأصـــل حتى يقدم من يرى التحريم الدليل المعارض وبصفة عامة فإن دعوى عدم الجواز تستند في الغالب إلى ان المعاملة تتضمن ربا أو غررا ، أو عيبا من عيوب الإرادة .

وعند الحكم بالجواز أو المنع لابد من النظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجموعها ، دون التقيد بمذهب أو رأي اجتهادي معين فالعقد أو الصيغة أو العمـــل يحكـــم عليـــه بالجواز ، إذا كان يسنده رأي اجتهادي لفقيه معتبر ، وغن انفراد به وخالفه فيه جمهـــور المجتهدين ما دام هذا الحكم يحقق مصالح الناس ، ويلبي حاجاتهم العملية ولا يعد العمل أو الصيغة أو العقد حراما إلا إذا لم يوجد رأي اجتهادي يؤيده ، وهذا يعني أن الحكم علـــى الفعل بالتحريم والمنع يحتاج إلى إجماع بحيث لا يشذ عن هذا الإجماع فقيه معتبر والحكـــم بالحل والجواز لا يحتاج إلى إجماع ، بل يكفي فيه رأي فقيه واحد معتبر .

ونضرب لذلك بعض الأمثلة :

1- الحكم بإلزام الواعد بالشراء بوعده قضاء وإلزامه بتعويض البنك عن الـــضرر الفعلي الذي يصيبه من جراء نكوص الواعد عن وعده مبني على رأي بعض المالكية ، و لم يقل به غيرهم ، وهذا يكفي في الحكم بالإلزام قضاء بالوعد .

2- عمل رب ا لمال مع المضارب ، وإبقاء رأس مال المضاربة تحت يد رب المال أو تحت يد أمين يختاره ، والسماح للمضارب بالسحب منه عند الحاجة جائز عند الحنابلة وهو عند الجمهور مناف لمقتضى العقد وهو استقلال المضارب بالعمل ، وما يلزم ذلك من قبض رأس المال ، فيبطل به العقد وللبنوك الإسلامية أن تأخذ برأي الحنابلة حماية لمصالحها وتمكينا لها من مراقبة المضارب، والإطلاع على حساباته والتأكد من قيامه بتنفيذ المضاربة على أساس العقد .

3- يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم جواز جعل الدين في ذمة المدين رأس مال سلم ، دون الحاجة إلى قبضه منه ثم دفعه إليه ، كما يقول جميع الفقهاء الآخرين ويعدانه من باب بيع الواجب بالساقط من الدين وهو يخالف بيع الدين بالدين المنهي عنه ، والدين الواجب هو دين السلم ، والدين الساقط هو الدين القديم .

وللبنوك الإسلامية أن تتبنى هذا الاجتهاد وتحكم بجواز هذه المعاملة تقليدا لرأي هذين الفقيهين ، لأن التحريم والمنع لا يحكم به إلا إجماع المجتهدين .

4- الأصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقودا وقد جوز بعض الفقهاء أن يكون العرض رأس مال على أن يباع ويكون ثمنه هو رأس مال المضاربة ، وأجاز البعض الآخر أن تكون قيمة العرض هي رأس مال المضاربة بحيث يسترد رب المال هذه القيمة عند المفاصلة ، بل أجاز طاووس والأوزاعي وابن أبي ليلى أن يكون العرض رأس مال المضاربة مثليا أو قيميا ، على أن يسترد رب المال عرضه عند المفاصلة بأن يشتري له العرض ، ثم يكون الباقي ربحا يوزع بين العاقدين حسب الاتفاق ، وقد خالف الجمهور في هذه القضايا الثلاث وقالوا بعد الجواز ، وأصروا على النقود كرأس مال للمضاربة.

وللبنوك الإسلامية أن تأخذ بأحد هذه الاجتهادات إذا دعت لذلك حاجة التعامل ومصلحة الناس ولا يحكم ببطلان العقد ، لأن الحاكم بالبطلان لا يكون إلا بإجماع من يعتد برأيهم من الفقهاء .

5- أجاز المالكية التصرف في الديون قبل قبضها بما في ذلك دين السلم وذلك برهنها ، أو ببيعها ممن عليه الدين ، أو من غيره ، بشروط معينة وخالفهم جمهور الفقهاء وللبنوك الإسلامية أن تتبنى جواز بيع الدين للمدين به أو لغيره ولو كان دين سلم مع الالتزام بشروط المالكية وقيودهم .

المبحث الثاني

الأصل أن الرضا أساس صحة العقود والتصرفات

ومن النصوص الدالة على أن الرضا هو أساس صحة العقود والتصرفات قوله تعالى : **[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ]** [النساء: 29].

وقوله تعالى : [**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**] [النساء: 4].

وقوله عليه الصلاة والسلام : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)) [1]

والرضا في العقد يستلزم العلم بمحل العقد ، لأن الرضا بغير المعلوم لا يتصور ومن هنا كان كل من الغرر والجهالة مبطلا للعقود ووجب أن يعلم كل من طرفي العقد أو التصرف مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ في عقود المعاوضات عند التعاقد أما في عقود التبرع فيرى المالكية وبعض الفقهاء أنها تجوز مع الغرر والجهالة لأن المتبرع إليه فيها لا يلحقه ضرر إذا لم يسلم له المال المتبرع به ، لأنه لم يبذل فيه عوضا ، والمهم هنا أن على البنوك الإسلامية أن تتحقق من رضا المتعاملين معها على عقود الخدمات المصرفية وصيغ الاستثمار وطرق التمويل التي تقدمها وذلك إما عن طريق عقود الاستثمار وطلبات فتح الحساب أو بإعلام الكافة بأي طريق من طرق الإعلان ، ويجب عليها ذلك الإعلام أيضا عندما تريد أن تعدل في عقود التمويل أو صيغ الاستثمار ، وذلك حتى يتحقق الرضا وتنتفي الجهالة والغرر .

أما اتخاذ القرارات الإدارية الخاصة بعلاقة البنك مع المتعاملين ، دون علم المتعامل ورضاه ، فهو أمر غير جائز ، ولو ادعى البنك أن هذه القرارات في مصلحة المتعامل لأن الرضا أساس صحة العقد الذي يحكم علاقة المتعاملين مع البنك .

---

(1) كنز العمال ، المجلد الأول ، حديث رقم 397.

المبحث الثالث

انتفاء الغرر أساس لصحة العقود والتصرفات

لما كان الرضا أساس صحة العقود والتصرفات ولما كان الرضا يستلزم العلم بمحـــل تلك العقود والتصرفات حيث إن الرضا بغير المعلوم لا يتصور كان الغرر مبطلا للعقود .

ويتحقق الغرر ، وينعدم الرضا إذا كان المتعاقدان أو أحدهما لا يعلم عنـــد التعاقـــد مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ في عقود المعارضات .

ونتكلم عن أقسام الغرر وعن قاعدة ضبط الديون في الفقـــه الإســـلامي وذلـــك في طلبين.

المطلب الأول

أقسام الغرر

وقد قسم الفقهاء الغرر إلى :

غرر في الوجود :

كالعقد على الأعيان المعدومة وقت التعاقد ، وغرر في الحصول على محل التعاقد الذي دفع فيه العوض ، كبيع ما لا قدرة للمشتري على قبضه وممارسة حقوق المالك عليه.

غرر في المقدار :

كان يبيع موصوفا في الذمة دون بيان مقداره والصفات التي تحدده وتميزه عن غيره .

غرر في الأجل :

كأن يبيعه بثمن مؤجل دون تحديد الأجل ، وكل هذه الأقسام تؤثر في عقود المعاوضات بالبطلان دون التبرعات ، وهذا عند المالكية وغيرهم .

الغرر المؤثر وغير المؤثر :

وعامة الفقهاء يقسمون الغرر إلى قسمين :

قسم يؤثر في العقود والتصرفات بالبطلان وهو الغرر الكثير أو الفاحش .

وقسم لا يؤثر فيها ، وهو الغرر اليسير أو المغتفر ، وقد وضعوا للتفرقة بين هذين القسمين ضوابط ، وضربوا لهما الأمثلة التي تشرح هذه الضوابط .

المطلب الثاني

قاعدة ضبط الديون في الفقه الإسلامي وفروع عليها

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن محل التعاقد يجب أن يكون موجودا عند التعاقد ، وأن يكون وجوده على الصفة التي تم عليها التعاقد وفي الواقع لا في ظن العاقدين وذلك منعا للغرر في الوجود .

غير أن هذه القاعدة تنطبق على محل العقد المعين ، أي الأعيان المالية دون الديون والالتزامات التي تثبت في الذمة لأنها بطبيعتها ليس لها وجود في الخارج ، ولذا قام وصفها وضبطها بالمعايير القياسية مقام وجودها .

وهذه بعض الفروع على ضبط الديون :

1- السلم :

السلم عقد بيع مال غير موجود عند التعاقد – ولكن يمكن ضبطه بالصفات – بثمن نقدي يدفع في مجلس العقد ، أو بعده بقليل على رأي بعض الفقهاء وقد اشترط الشارع فيه شروطا لتحقق العلم بمحل العقد وانتفاء الجهالة والغرر منها أن يكون المبيع ويسمى المسلم فيه مما يمكن ضبطه بالصفات بأن يخضع للمعايير القياسية وأن يتضمن العقد تحديد مقدار المسلم فيه وموعد تسليمه للمشتري وأن يكون التسليم في هذا الموعد ممكنا .

ومنها ألا يكون المبيع أي المسلم فيه معينا كهذه السيارة ولا من مصدر معين ، كمصنع أو مزرعة فلان .

2- الإجارة :

هي عقد على منافع الأعيان أو عمل الإنسان في مقابل أجرة معلومة ، والمنافع ليست موجودة وقت التعاقد ، وإن وجد محلها ، وهو العين المؤجرة لأن هذه المنافع كما يقول الفقهاء تستوفي شيئا فشيئا والزمن عنصر هام في استيفائها ولذلك اشترط الفقهاء في العين

المؤجرة في إجارة الأعيان الوجود ، والقدرة على التسليم ، وإمكان استيفاء المنفعة المعقود عليها منها ومدة الانتفاع وتحديد الأجرة ، وطريقة وموعد الوفاء بها وغـير ذلـك مـن الشروط التي يتحقق بها العلم وتنتفي معها الجهالة والغرر ، والإجارة كما نرى عقد على منافع توجد وتستوفي بعد العقد غير أن الشارع لم يشترط فيها ما شرطه في عق السلم من وجوب دفع الأجرة في مجلس العقد ، والسبب في ذلك أن وجود الأعيان المؤجرة يقـوم مقام وجود المنافع في حين أن المعقود عليه في السلم دين في الذمة ، أي التزام مجرد بالأداء عند الأجل فلزم تسليم أحد العوضين في مجلس العقد خروجا من حرمـة بيـع الكـالئ بالكالئ أي الدين بالدين .

3- الاستصناع :

والاستصناع لغة : هو طلب الصنع ، وشرعا : هو عقد على عين موصوفة في الذمة مع شرط العمل والصناعة فيها بمواد من عند الصانع ، في مقابل ثمن يدفع وقت التعاقد أو بعده .

والمشتري للعين هو المستصنع والبائع لها هو الصانع .

ولهذا العقد شبه بالإجارة على الصنعة من جهة ، وشبه بالسلم ، لأن العين موصوفة في الذمة من جهة أخرى وشبه بالبيع المطلق ، لجواز دفع الثمن بعد مجلس العقد من جهة ثالثة .

والاستصناع عقد يمول فيه البنك المستصنع إن كان البنك هو الصانع لأنه يؤجل لـه الثمن أو يستوفيه على أقساط بعد تسليم المبيع المصنوع وإذا لم تكن لدى البنك إمكانات صنع المبيع وتسليمه بنفسه والواقع أن الأمر كذلك فإنه يستصنعه لدى صانع آخر يدفع له الثمن وقت قيامه بالتصنيع وعادة ما يكون هذا الثمن أقل مما يدفعه له المتعامل المستـصنع ويكون الفرق ربحا يستحقه البنك مقابل ضمان تسليم الشيء المستصنع ، وهذا يـسمى الاستصناع التمويلي .

وواضح أن العين المبيعة في عقد الاستصناع غير موجودة عند التعاقد بل إن الصانع يتعهد بصنعها بمادة من عنده يشتريها أو ينتجها ثم يسلمها للمشتري المستصنع واستثناء من النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده وقت البيع فقد أجاز الحنفية عقد الاستصناع ، ثم أضافوا لذلك استثناء آخر ، وهو جواز دفع الثمن بعد التعاقد ، مؤجلا أو مقسطا ، و لم يحكموا عليه بحكم السلم ، من وجوب دفع الثمن في مجلس العقد ، وبذلك يكون الحنفية قد حكموا في هذه المعاملة بجواز بيع الدين بالدين كحالة خاصة فرضها العرف العام الذي صار إجماعا تترك به القواعد ويستثنى به من القياس ، ولهذا فقد قصروه على المصنوعات التي جرى العرف العام بالتعامل فيها بطريق الاستصناع .

أما جمهور الفقهاء فإنهم وإن أجازوا الاستصناع أي بيع عين مع شرط الصنعة فيها بمواد من عند الصانع البائع وأسموه السلم في الصناعة فقد اشترطوا فيه شروط السلم وأهمها تسليم الثمن في مجلس العقد وعدم تحديد أجل لتسليم العين المبيعة وألا يكون المصنوع المبيع معينا كهذه السيارة ، وقت التعاقد أو من مادة معينة بالتعيين كهذا القماش.

المبحث الرابع

حرمة الربا في العقود

والكلام عن حرمة الربا في العقود يجعلنا نتحدث أولا عن تعريف الربا ، وأنواعه ، وعن الفرق بين الفائدة والربح ، وعن أوجه المخاطرة في الاستثمار المباشر وغير المباشر ، ثم نتحدث عن أوجه الاختلاف في التمويل الإسلامي والتمويل الربوي ، وأخيرا عن شروط جواز المعاملة وحلية الربح وذلك في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

تعريف الربا وأنواعه

أولا : تعريف الربا :

الربا في اللغة : الزيادة .

وفي الشرع : زيادة لا يقابلها عوض ، في عقود مقايضة أموال خاصة ، أو في عقود إنشاء الديون أو تأجيلها .

ثانيا : أنواع الربا : وهو نوعان : ربا البيوع وربا النسيئة :

أ- ربا البيوع :

هو مبادلة مال من الأموال التي جاءت نصوص الشريعة بجريان الربا فيها بجنسه كالذهب بالذهب ، والقمح بالقمح ، مع زيادة أحد البدلين في المقدار ، أو تأخيره عن مجلس العقد ، أو بغير جنسه ، مما يشاركه في علة الربا ، كالذهب بالفضة ، والقمح بالشعير ، مع تأخير قبض أحد العوضين عن مجلس العقد .

أما مبادلته بغير جنسه ما لا يشاركه في علة الربا كالذهب بالقمح ، والفضة بالشعير ، فيجوز فيه التفاضل والتأجيل عن مجلس العقد ، أما تأخير البدلين عن مجلس العقد فإنه يدخل في بيع الكالئ بالكالئ أي الدين بالدين وهو منهي عنه .

والأموال التي يجري فيها الربا هي الذهب والفضة والقمح والشعير والتمر والملــح ، وعلى هذا فإن هذه الأموال إذا تمت مقايضة صنف منها بجنسه كمقايضة ذهب بذهب أو فضة بفضة أو قمح بقمح وجب توافر شرطين :

أولهما : التساوي في المقدار بصرف النظر عن الجودة والرداءة وغيرهما من الــصفات وبصرف النظر عن الهيئة والشكل كالتبر والسبيكة والمضروب وغير المضروب من الذهب أو الفضة ، فالزيادة في أحد البدلين منهي عنها وسبب النهي أن العلم الذي يتحقــق بــه الرضا شرط في صحة العقد والعلم بأن الزيادة في المقدار في أحد البدلين تساوي الفرق في الجودة وغيرها من الصفات مما يدق ويشق على الناس ، فمنع الشارع من هذه المبادلة مع تلك الزيادة في المقدار ، وأرشدهم إلى توسيط النقود في قياس القيم .

ثانيهما : التقايض في مجلس العقد أي وجود تسليم العوضين معا ، فإذا تأخر قــبض أحد العوضين أو كليهما عن مجلس العقد ، حرم العقد لأن العوضين أو أحدهما يصير دينا في الذمة وهو ما لا تجيزه الشريعة .

وأما إذا تمت مقايضة صنف مها بآخر من غير جنسه مما يشاركه في علــة التحــريم كالذهب بالفضة والقمح بالتمر ، جاز التفاضل واشترط الحلول أي التقايض في مجلــس العقد لقوله عليه الصلاة والسلام : ((فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شــئتم إذا كان يدا بيد)) وأما عدم الاشتراك في العلة كالذهب بالقمح فإنه يجوز التفاضل والتأجيل لعدم دخوله تحت النهي .

ب- ربا النسيئة :

ويطلق عليه ربا الجاهلية وربا الديون ، لارتباطه بالديون التي تثبت في الذمــة وهــي الأموال المثلية التي تخضع للمواصفات القياسية كوحدات النقد وما يكال أو يــوزن مــن المثليات والنسيئة هو التأخير في لغة العرب .

ويتحقق هذا النوع من الربا بتوافر الشروط التالية :

1- أن يكون هناك دين ثابت في ذمة المدين ، والمقصود بالدين هو المال المثلي كالنقود والمكيل والموزون وكل ما تضبط صفاته بالمعايير القياسية ويستوي في هذا الدين أن يكون مصدره العقد كالقرض والبيع بثمن مؤجل أو الشرع كالدية وبدل المتلف .

2- أن يكون لهذا الدين أجل يجب أداءه فيه سواء كان التأجيل باتفاق الدائن والمدين أو بحكم الشرع كالدية المنجمة أي التي تدفع على نجوم أي أقساط في آجال مختلفة .

3- أن يتفق الدائن والمدين على دفع زيادة على مبلغ الدين في مقابل الأجل عند نشأة الدين أو في مقابل تأجيله بعد حلول أجله .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة تحقق ربا النسيئة أوالدين ، وكانت الزيادة ربا يستوي في هذه الزيادة أن تكون عينا أو منفعة محددة أو غير محددة ، وبصرف النظر عن طبيعة الدين أو مبلغ القرض والغرض منه أو النشاط الذي يستخدم فيه فعلا فقد يكون قرضا استهلاكيا ، أو استثماريا لتمويل مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي وبصرف النظر كذلك عن صفة المقرض ، والمقترض فقد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا اعتباريا بل قد يكون هو الدولة أو إحدى مؤسساتها لأن أدلة تحريم الربا لا تفرق بين هذه الحالات ومن ثم فقد كان هذا الحكم محل إجماع من المجتهدين في جميع عصور الاجتهاد .

وقد أجمع العلماء قديما وحديثا على أن كل زيادة يشترطها الدائن على مدينه في مقابل منحه أجلا عند نشأة الدين أو في مقابل تأجيله بعد حلوله تعد ربا محرما كما أجمع من يعتد برأيه من علماء العصر على أن فوائد البنوك التجارية ربا محرم وقد ع رض موضوع الفوائد التي تتقاضاها البنوك من المتعاملين مقابل منحهم قروضا ، أو مقابل جدولة هذه الديون عند حلول أجلها ، أو مقابل تسهيلات ائتمانية تمنحها لهم ، على كثير من المؤتمرات والندوات وحلقات البحث ومجموعات العمل في البلاد الإسلامية

فأكدت أن هذه الفوائد ربا محرم ، فصار تحريم هذه الفوائد إجماعا يعد مثله حجة شرعية ولا عبرة بخلاف من شذ من أفراد المفتين لشذوذ رأي هؤلاء وافتقاره إلى الدليل .

وجريان الربا في الأصناف الستة المنصوف عليها دون غيرها هو رأي الظاهرية الذين يمنعون القياس أما جمهور المجتهدين فإنهم لا يحصرون الربا في هذه الأصناف الستة بل يقيسون عليها ما شاركها في العلة وفي هذا الخصوص نجد هؤلاء يفرقون بين الذهب والفضة من جهة وبين بقية الأصناف من جهة أخرى .

أما الذهب والفضة فعلة جريان الربا فيهما كونهما أثمانا أي نقودا يقومان بجميع وظائف النقود ، فقاسوا عليهما النقود على اختلاف أنواعها كالدينار والدرهم والريال ، واشترطوا في مبادلة أو صرف نقد بمثله التساوي في المقدار والقبض في مجلس العقد ، فالدولار يباع بالدولار نقدا أي حالا ودون زيادة واشترطوا في مبادلة أو صرف نقد بنقد آخر كصرف الدولار بالريال أو صرف الريال القطري بالريال السعودي الحلول أي قبض العوضين في مجلس الصرف ، بحيث يحرم تأخيرهما أو تأخير أحدهما .

وقياس جميع العملات والنقود على الذهب والفضة يكاد يكون إجماعا بين علماء العصر الذين يعطون النقود حكم الذهب والفضة في الزكاة وجعلها رأس مال سلم وحصة في الشركة ، وغير ذلك من الأحكام .

وأما بقية الأصناف الستة فمع اتفاق الجمهور على تعليلها ، وقياس غيرها عليها إلا أنهم اختلفوا في العلة واختلفوا بناء على ذلك فيما يقاس عليها .

ثالثا : الفرق بين الفائدة والربح :

تقوم عمليات الاستثمار والتمويل في البنوك الإسلامية على أساس الربح المقابل لتحمل الخسارة تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) والخراج هو النماء أو الربح أو العائد أو الغلة على رأس المال ، والضمان هو تحمل مخاطر هلاك المال وتلفه وخسارته وانخفاض سعره بحوالة الأسواق .

ففي الاستثمار المباشر الذي يتولى فيه مالك المال استثماره بنفسه يجتمع لـــه الملـــك والإدارة ويتخذ بنفسه القرارات الاستثمارية بخصوص ماله ، فهو الذي يصدر قرار الشراء ، بعوض عاجل أو آجل أو بغير عوض كالهبة والوصية وقد يكون قراره هو التـــصرف في منافع الأعيان مع الاحتفاظ بها كما في عقد الإجازة .

رابعا : أوجه المخاطرة في الاستثمار المباشر :

وفي صيغ الاستثمار بالتجارة أي بالشراء والبيع ، أو البيع والشراء ، يستحق مالـــك المال الربح مقابل الضمان ، أي المخاطرة بالمال أو المال المخاطر ، فما لم يخـــاطر بمالـــه لا يستحق ربحا أو نماء عن هذا المال ، وإليك أمثلة الاستثمار المباشر ووجه المخاطرة فيه .

1- إذا باع البنك بثمن آجل أو على أقساط بيعا عاديا ، أو بيع مرابحة للواعـــد بالشراء ، فإنه يستحق الربح إذا كان ثمن البيع أعلى من ثمـــن الـــشراء ، أو تكلفة الإنتاج بسبب الضمان ، إذ أنه يملك هذا المال فيضمن بحكم الملـــك هلاكه وتلفه وخسارته ، إذ المال يهلك ويتلف على مالكه تطبيقا لقاعـــدة : ((الخراج مقابل الضمان)) ولذلك وجب أن يتملك البنك ويقبض السلعة ، فيما يشترط فيه القبض لنقل الضمان وهو كل شيء عند الجمهور ، وعند المالكية هو الطعام ، قبل بيعها بثمن آجل أو مرابحة للواعد بالـــشراء ، فـــإن باعها قبل تملكها أو قبضها بطل بيعه و لم يحل له الربح لانتفاء الضمان .

2- إذا اشترى البنك سلما ، ودفع الثمن عند التعاقد ، وحدد لتسلم ما اشـــتراه موعدا ، ثم قبض المسلم فيه عند الأجل وباعه من آخر بأعلى من ثمن الشراء فإنه يستحق الربح بالضمان لأنه ملك المبيع وقبضه قبل بيعه ، وعرض نفسه لمخاطر هلاكه وتلفه وانخفاض سعره قبل بيعه ، بحوالة الأســـواق وبـــذلك كانت عملية تمويل البنك للبائع سلما بتعجيل الثمن وتأخير المسلم فيه ثم بيعه بعد قبضه بثمن أعلى عملية مشروعة ، والربح فيهـــا يـــستحق في مقابـــل الضمان .

وقد يحتاط البنك المشتري سلما ولا ينتظر موعد تسلم هذه السلع من البائع ثم بيعها بثمن آجل بقصد الربح فيقوم بالتعاقد مع طرف ثالث على أن يبيعه البنك سلما من جنس السلع التي اشتراها سلما ، ويقبض منه الثمن في مجلس العقد ، ويحدد للتسليم موعدا يلي موعد تسلمه بضاعة السلم التي اشتراها ، فيحصل بذلك على التمويل الذي دفعه بعد فترة وجيزة ثم يسلم المشتري منه البضاعة التي باعها له بعد قبض البضاعة التي اشتراها وهو إن حقق في هذه العملية ربحا فإنه يستحقه بسبب الضمان أي ضمان بضاعة السلم التي ملكها وقبضها قبل ان يسلمها للمشتري منه ، وما باعه في السلم الموازي أو التمويلي كانت بضاعة موصوفة في الذمة أي دينا ، وإن كانت مطابقة للبضاعة التي اشتراها في المواصفات والفرق في الحكم أن البنك ملتزم بتسليم بضاعة السلم التي باعها وقبض ثمنها ، وتوفيرها من السوق حتى ولو لم يتسلم بضاعة السلم التي اشتراها من المسلم إليه بسبب من الأسباب فلا ارتباط بين الالتزامين فالبنك الذي يبيع سلما موازيا يلتزم بدين في ذمته هو ، وليس الدين الذي في ذمته هو ، وليس الدين الذي في ذمة المتعامل الذي باعه سلما وإن اتفق الدينان في الجنس والنوع وبقية الصفات .

3- البنك يعقد استصناعا مع المتعامل يكون البنك فيه هو الصانع أي البائع للعين المصنوعة الموصوفة بمواد من عند البنك ، ويكون المتعامل مع البنك هو المستصنع أي المشتري للسلعة المصنعة ويتعهد هذا المتعامل بدفع ثمن السلعة أو الأصل المصنع بعد أجل محدد ، وعادة يدفع هذا الثمن على اقساط ، والفرض أن البنك ملتزم في ذمته بتسليم هذه السلعة أو الأصل بعد تصنيعه بمواد من عنده وهذا وإن كان متصورا نظريا إلا أن البنوك لا تستطيع من الناحية العملية أن تقوم بنفسها بوظيفة المقاول في آلاف عمليات الاستصناع في مجالات مختلفة ، كتشييد المباني ، وبناء الجسور ، والسفن والطائرات ، والمدن السكنية ، ومحطات المياه والكهرباء ، ولذلك تلجأ البنوك الإسلامية إلى عقود الاستصناع مع المقاولين من الباطن ، يكون فيهما البنك هو

المستصنع لنفس ما تعهد بتسليمه بعد صنعه من السلع والأصول وذلك بثمن يدفعه اللمقاول مدة قيامه بتنفيذ عقد الاستصناع وعادة ما يكون هذا الثمن أقل من الثمن الذي قبله البنك في عقد استصناعه الأول مع المتعامل معه فيحقق بذلك ربحا في عملية تمويل المتعامل بتأجيل ثمن الاستصناع والبنك يستحق هذا الربح مقابل الضمان ، لأن ضمن الأصل أو السلعة المصنعة الموصوفة في ذمته لأنه دين ، والدين مضمون على المدين ، وقد نفذ التزامه وسلم العين المبيعة التي قام مقاول الباطن بصنعها وتسليمها للبنك، والبنك كذلك ضامن للأصل المصنع بعد صنعه وقبضه من مقاول الباطن لاحتمال هلاكه أو تلفه أو عدم قبول المتعامل المستصنع له لخلاف بينه وبين البنك على المواصلات .

4- في عقد الإجارة يقوم البنك بشراء عين أو استجارها دون أن يكون في حاجة إلى استعمالها ، أو الاحتفاظ بها بل يقصد إعادة بيع منافعها طلبا للربح فإن أجرها للغير بأجرة مؤجلة وحقق بذلك ربحا كان هذا الربح مقابل الضمان ذلك أن تلف العين المؤجرة وهلاكه على المالك المؤجر .

5- وللبنك أن يؤجر العين التي استأجرها قبل قبضها ، لأن ضمان العين المؤجرة نفسها على المالك حتى لو قبضها المستأجر ، وإنما يضمن المستأجر منافع العين ، وبهذا الضمان يستحق الزيادة في الأجرة .

وقد لا يريد البنك الاحتفاظ بالأصل المؤجر بصفة دائمة ، بل يريد أن يملكه للمستأجر بثمن يدفع على أقساط فيحدد معه ثمن البيع الأصلي أي يحدد التكلفة ونسبة الربح ، ويحدد عدد الأقساط ثم يبرم عقد إجارة يكون قسط الثمن هو الأجرة ، مدة الإجارة مع هبة هذا الأصل إلى المستأجر أو بيعه بثمن رمزي بعد انتهاء مدة الإجارة ودفع جميع الأقساط وبذلك يحقق البنك رغبته في بيع العين ويحصل على أقساط الثمن ، مع إبقاء ملكية العين للبنك مدة الإجارة ضمانا لسداد الأقساط والبنك يستحق الربح هنا

أيضا مقابل الضمان لأن تلف العين أو هلاكها عليه مدة الإجارة وكان الخـــراج مقـــابلا للضمان وبهذا تسمى الإجارة المنتهية بالتمليك .

ومن هذا العرض الموجز يتبين أن الاستثمار المباشر ليس فيه تقاضي فائـــدة مقابـــل الأجل كما هو الحال في تمويل هذه العمليات بصيغة القرض التي تستعملها البنوك التجارية مقابل فائدة محددة من رأس المال المضمون على المقترض ففي هذه الصيغة تحصل البنـــوك التجارية على ربح أو خرج هو الفائدة المحددة المضمونة دون ضمان أي دون مخاطرة .

أما الصيغة الإسلامية فهي صيغة تجارية ، أي شراء ثم بيع أو بيع ثم شراء للمنـــافع أو الأعيان ، مع تأخير أحد العوضين الثمن كما في البيع بثمن آجل أو بيع المرابحـــة للواعـــد بالشراء أو المشتري استصناعا بثمن مؤجل أو السلعة كما في بيع السلم الذي يدفع فيـــه الثمن وقت التعاقد أو الإجارة التي تقع فيها الأجرة عند التعاقد وقبل استيفاء المنافع الـــتي تحدث شيئا فشيئا بعد العقد .

خامسا:أوجه المخاطرة في الاستثمار غير المباشر :

أما بالنسبة لصيغ الاستثمار غير المباشر ، أي الاستثمار بطريق المـــشاركة فواضـــح ارتباط الخراج بالضمان ذلك أن المشاركة بالمعنى العام هي تقديم المالك مالا أو أصلا قابلا للنماء لمن يعمل فيه ويستثمره بقصد الاسترباح بحصة من عائد هذا الاستثمار .

وهناك طرفان في عمليات المشاركة ، طرف يمول المشاركة ، أي يدفع أصلا قـــابلا للنماء بالعمل فيه إلى من لديه خبرة في تنميته واستثماره مع الاحتفاظ بحق الملكية بما يتبعها من استحقاق الخراج مقابل الضمان ، وطرف ثان هو ذلك الخبير الذي يتلقى هذا المال أو الأصل ويستقل بإدارته واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه ، وهو يفعل ذلك بوصفه أمين استثمار ، وذلك مقابل نسبة شائعة من عائد هذا الاستثمار فإذا لم يكن ربح في المال فلا شيء له مقابل العمل لأنه خاطر به ورضي بقاعدة ((الخراج بالضمان))

وقد كان بوسع المالك أن يحصل على مبلغ محدد مضمون لملكه في عقد إجارة مـــثلا ولكنه آثر أن يخاطر به في مشاركة أملا في عائد أو ربح أكبر من أجرة ماله .

وأما ما لا يد له فيه ، من الحوادث التي يترتب عليها التلف ، أو الهلاك ، أو الخسارة ، فإنه لا يتحملها وغاية ما يخاطر به العامل هو عمله فلا يستحق عائدا عليه في حالة الخسارة أو عدم تحقيق الربح .

فكلا الطرفين في المشاركة يخاطر ، أي يتحمل المخاطرة ، ويقبل الضمان ، هذا يخاطر بماله ، أي بمنفعة ماله ، وذلك بعمله ، أي بمنفعة عمله ومن الواضح أن في هذه الصيغ من المشاركات تطبيق قاعدة ((الخراج بالضمان)) بصورة واضحة فمالك المال أو الأصل الذي يقدم لمن يعمل فيه بحصة من ربحه يخاطر بملكه بمعنى أنه يتحمل وحده تبعة هلاكه وتلفه وخساراته وذلك باعتباره مالكا لم يتخل عن ملكه ، وإنما تنازل عن سلطة الإدارة لمن يعمل في المال وفوضه في استثماره فإذا لم يربح المال أو حتى إذا خسر المشروع الذي أقيم ماله تحمل المالك وحده الخسارة ، ولا يطالب بها العامل في المال ، لأن المال يتلف ويهلك ويخسر على مسئولية مالكه ، ما لم يوجد شخص آخر يسأل عن هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة والعامل فيا لمال هنا أمين عليه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط عقد المشاركة .

أما عامل المشاركة فإنه يستحق الربح المشروط له إن كان في المال ربح في مقابل الضمان فقد خاطر بعمله أي بقيمة عمله وبدلا من أن يبيع عمله بمبلغ محدد مضمون على صاحب عمل مثلا ، فقد رضي بأن يخاطر به في المشاركة أمال في ربح أكبر من الأجر ، فإن لم تربح المشاركة لم يكن لعمله ثمن ، وإن ربحت استحق النسبة الشائعة من الربح المشروطة له في العقد في مقابل ذلك الضمان .

أما الاستثمار الذي تموله البنوك التجارية بطريق القرض بفائدة محددة ، هي نسبة من رأس المال المقترض ، فإنه لا يخضع لقادة ((الخراج بالضمان)) فالبنوك التجارية تمنع التمويل بصيغة القرض ، وهو عقد تنتقل به ملكية مبلغ التمويل من البنك إلى المتعامل المقترض في مقابل تعهد المقرض برد مبلغ القرض مع فائدة محددة هي نسبة من رأس المال ، في جميع الأحوال بصف النظر عن نتائج الاستثمار وبذلك يكون المتعامل المتمول ضامنا لمبلغ القرض باعتباره مالكا له بعقد القرض ، وكذلك للفائدة المحددة بنسبة من رأس المال

أما البنك التجاري مانح التمويل بطريقة القرض فإنه لا يضمن شيئا ، ولا يتحمـــل أيـــة مخاطرة تترتب على عملية الاستثمار في حين أنه يشارك في الخراج .

المطلب الثاني

أوجه الاختلاف بين التمويل الإسلامي والتمويل الربوي

يختلف التمويل الإسلامي عن التمويل الربوي في الأمور التالية :

1- رأس المال أو الأصل المستثمر في التمويل الإسلامي مملـوك للبنـك مقـدم التمويل وله بحكم المالك الخراج إلا ما شرطه منه للعامل في المال ، وعليـه الضمان ، في حين أن راس المال أو التمويل الذي يقدمه البنـك التجـاري مملوك للعامل في المال أي المقترض بحكم القرض .

2- البنك التجاري الممول لا يضمن رأس المال الذي موله به ، ولا يتحمل مخاطر هلاكه أو تلفه أو خسارته في حين أن البنك الإسلامي يضمن مبلغ التمويـل باعتباره مالكا له .

3- البنك الإسلامي يستحق حصة غير محددة بل ولا مضمونة على العامـل في المال لأنها نسبة شائعة في ربح المشروع ، وقد لا يتحقق ربح ، وقد يقـل أو يكثر فلا يعلم مبلغ الرحب عند تقديم التمويل ، أما التمويل الـذي تقدمـه البنوك التجارية فالعائد أي الفائدة فيه معلومة محددة عند توقيع عقد القرض ، لأنها نسبة من رأس المال أي مبلغ القرض ، وهو مبلغ محدد .

ومبلغ الفائدة وهو ا لعائد أو الخراج الذي تتقاضاه البنوك التجارية مـضمون علـى العامل في المال ، أي المتمول فهو يلتزم بدفعه ، مع رأس المال في جميع الأحوال أي سـواء ربح المشروع أو خسر .

في حين أن البنك الإسلامي الممول لا يستحق ربحا أوعائدا على أحد فإذا لم يتحقـق ربح فلا شيء له ، ولا يطالب العامل في المال برأس المال ، ولا بالفائدة في حالة تعـرض المشروع لخسارة ، بل إن مسئوليته في حالة الخسارة محددة بمساهمته في المـشاركة وهـو

عمله فيخسر عائده دون زيادة وهذا هو العدل الذي جاء به الإسلام بتوزيـــع مـــسئولية وتكاليف التنمية الاقتصادية بين أهل الخبرة وأصحاب رؤوس الأموال .

المطلب الثالث

شروط جواز المعاملة وحلية الربح

إن هناك شرطين لابد من تحققهما لجواز المعاملة وحل الربح الناتج عنها في نظر الإسلام :

أولهما : أن يضمن مقدم التمويل في العملية الاستثمارية سواء كانت استثمارا مباشرة أو بطريق المشاركة رأس المال المستثمر أي يتحمل مخاطره الكاملة ، إلا إذا ثبت أن خسارة المشروع كانت بسبب تعدي العامل أو تقصيره أو مخالفته لشروط عقد التمويل .

ثانيهما : أن يكون العائد الذي يحصل عليه هو نسبة شائعة من ربح المشروع الذي قام بتمويله ، وهذا يعني :

1- انه إذا لم يكن هناك ربح فلا شيء للممول .

2- أن الرحب ليس مبلغا محدودا ولا نسبة محددة من رأس المال ، وإنما نسبة شائعة من الربح يزيد مبلغ العائد بزيادة الربح وينخفض بانخفاضه وينعدم بانعدامه .

هذا ويجب أن تراعي البنوك الإسلامية أن أحد هذين الشرطين لا يغني عن الآخر فإذا كان رأس مال المضاربة أو المشاركة مضمونا على البنك الإسلامي ، وهو ما يتفق مع حكم الشريعة ، ولكن العائد عليه محدد بطريقة أو بأخرى ظاهرة أو باطنة أي بحيلة من الحيل ، التي يقصد بها إبطال الأحكام الشرعية أو تفويت الحقوق الثابتة ، فإن المعاملة تكون باطلة وبالمثل إذا كان العائد مضمونا على الطرف المتمول بطريق أو بأخرى.بمعنى أنه يضمن عائدا للبنك ولكن هذا العائد ترك تحديده مستقبلا لمحددات أخرى تحدث بعد التعاقد ، فإن المعاملة تكون باطلة كذلك والشرط الدقيق هو أن يكون العائد غير محدد ، ولا مضمون بل نسبة محددة من ربح غير معلوم ولا مضمون .

وإذا كان عائد التمويل غير محدد ولا مضمون على العامل في المال ، أي في المشاركة أو المتمول في الاستثمار المباشر ، ولكن رأس المال غير مضمون على البنك الممول ، بل مضمون على التمويل كانت المعاملة باطلة والعائد حراما ، ففي هذه الحالة يكون العائد الذي يحصل عليه البنك نسبة شائعة من الربح لا يضمنها المتمول بل تخضع لحساب الربح الفعلي فإذا تحقق ربح أخذ البنك نسبة شائعة منه وغدا لم يتحقق لا يأخذ شيئا ، ومع ذلك تبطل هذه المعاملة ، تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) فهنا يستحق البنك خراجا أي ربحا دون ضمان وفي حالة ما إذا كان ضامنا لرأس المال ، وربحه منه محدد مضمون فإن بطلان المعاملة وحرمة العائد تؤسس على نفس قاعدة ((الخراج بالضمان)) إذا الخراج بالمعنى الشرعي هنا هو نسبة شائعة معلومة من ربح غير محقق ولا معلوم فإذا كان العائد محددا ومضمونا لم يكن خراجا بالمعنى الشرعي إذ الشرط في الخراج أن يثبت أنه خراج أي ربح ولا يكون كذلك إلا إذا كان نسبة من الربح .

المبحث الخامس

قاعد : ((الخراج بالضمان))

هذا نص حديث نبوي شريف تلقاه العلماء بالقبول واجتهدوا على أساسه وفرعـــوا الأحكام عليه وقد يعبر عن هذا الأصل أيضا بعبارة ((الغنم بالغرم))

ومعنى الخراج الربح أو الغلة أو العائد أو النماء الذي يستحقه الـــشخص في مقابـــل الضمان الذي يتحمله أي المخاطرة التي يتعرض لها والضمان هو التعـــرض للخـــسارة ، وتحمل مسؤولية هلاك المال وتلفه ولو كان ذلك بسبب لابد له فيه ، وبعبـــارة محـــددة الضمان هو تحمل المخاطرة وإن لم تقع تلك المخاطر وهذا اصل كلي قطعي يرجع إليه في نظام التمويل خصوصا ، وفي نشاط البنوك الإسلامية عموما .

تطبيقات لقاعدة ((الخراج بالضمان)) :

وإليك بعض تطبيقات هذا الأصل

1- عقد القرض :

القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود أو مال مثلي آخر ، من ذمة المقرض إلى ذمة المقترض فيصبح المقترض مالكا لمبلغ القرض وللمشروع الذي يقيمه بهذا المبلـــغ ، وملتزما برد مثل مبلغ القرض إلى المقرض بصرف النظر عن نتيجة المشروع الذي اســـتثمر فيه مبلغ القرض ، ويترتب على ذلك أن يصبح المقرض دائنا ، والمقترض مدينا ، والمـــدين يضمن مبلغ القرض للدائن أي يلتزم برده في جميع الأحوال فإذا ضاع أو تلف مبلغ القرض أو خسر المشروع الذي استثمر فيه القرض فإن المدين وحده هو المسؤول عن رد القرض للدائن ، وهذا هو معنى قولنا إن المدين هو الذي يتحمل مخاطر استثمار مبلغ القرض دون الدائن .

ولذا وجب أن يكون الخراج أي ربح المشروع ، له وحده ، لا يشاركه فيه الدائن ، ولذا حرمت الفائدة التي يتقاضاها الدائن من المدين لأنها جزء من خراج المـــشروع ، أي

ربحه يعطي لمن لا يتحمل بالضمان بل إن المشروع إذا خسر فإن ما يدفعه المدين ليس جزءا من الخراج أي الربح بل هو من مال المدين .

ومن جهة أخرى تؤسس حرمة الفائدة على قاعدة الملكية فمالك المال يتحمل وحده مخاطر هلاكه أو تلفه أو خسارته فكان عائد هذا المال وربحه كله له .

فيكون دفع الفائدة للدائن الذي لا ضمان عليه حراما لأنه ليس المالك لمبلغ القرض بل المدين هو المالك .

2- عقد المضاربة :

المضاربة عقد بين مالك رأس المال ، ويسمى رب المال ، وبين شخص يفوض في إدارته يسمى مضاربا على أن يعمل الأخير بصفته أمينا ووكيلا لرب المال في هذا المال مقابل حصة من ربحه ، فعقد المضاربة على خلاف عقد القرض لا ينقل ملكية رأس مال المضاربة ولا المشروع الذي يدار برأس المال إلى المضارب بل يبقى رأس المال والمشروع مملوكا لرب المال .

وحكم عقد المضاربة هو تفويض المضاربة في إدارة المشروع ، لحساب رب المال وعلى مسئوليته وضمانه فهو لا يضمن إلا فعله غير المشروع أو التقصير في الإدارة أو مخالفة شروط المضاربة ولما كان المشروع مملوكا لرب المال كان ضمانه أي خسارته ومخاطره عليه وحده ومن هنا كان رب المال هو المستحق لخراج أي ربح المضاربة ولما كان رب المال قد اتفق مع المضارب على إدارة المشروع بصفته وكيلا عنه وفي مقابل حصة معلومة من ربحه فإن المضارب يستحق هذه الحصة في مقابل المخاطرة بالعمل لأنه قد يتحقق ربح وقد لا يتحقق وقد يكون الربح قليلا أو كثيرا وهنا يقال إن المضارب ضامن لعمله أي متحمل لمخاطر عمله ، لأنه لا يتقاضى أجرا محددا مضمونا على رب المال فرب المال يستحق حصته من الربح ، لأنه يملك المشروع وهو ضامن له ، بحكم هذا الملك ، والخراج بالضمان ، والغنم بالغرم ، والمضارب يستحق الحصة المتفق عليها من

الربح في م قابل عمله وجهده أي تحمل مخاطر هذا العمل لأن المشروع إذا لم يحقق ربحـــا فلا يستحق المضارب شيئا .

3- عقد البيع بثمن آجل :

وعقد البيع للواعد بالشراء بثمن آجل ، يستحق فيهما البائع الربح ، وهو الفرق بين ثمن الشراء وثمن البيع الآجل ، في مقابل الضمان وهذا الضمان يتمثل في أن البائع ملـــك السلعة قبل بيعها وقبضها القبض الناقل لضمان فيما يلزم فيه القبض لنقل الضمان ، وسواء كان البائع منتجا للسلعة أو مشتريا لها بثمن حال ولذلك إذا باع السلعة قبل أن يتملكها أو يق بضها فيما يلزم فيه القبض كالطعام أو القمح والشعير وغيرها مـــن المطعومـــات لا يصح البيع ولا يحل الربح ، لأنه ربح ما لم يضمن وقد نهى عنه النبي ρ فالمالك يتحمـــل وحده تبعة هلاك ماله وتلفه وخسارته ، وهو المعبر عنه بالضمان ، ولذا جاز له ربح هذا المال ، وهو المعبر عنه بالخراج ، فهناك تلازم دائم بين خراج المال ، وربحه ، وضمانه أي خسارته وهلاكه و تلفه ، فمن يتحمل الضمان يستحق الخراج فلا خراج دون ضـــمان ، ولا ضمان دون خراج ، وهذا بخلاف القرض الذي يمول به البنك التجـــاري مـــشتري السلعة فإن البنك يتقاضى فائدة على القرض وهي نسبة محددة من مبلغ القرض يـــضمنها المقترض مع أن البنك لا يتحمل الضمان لأنه لم يكن مالكا للـــسلعة لأن المـــشتري قـــد اشتراها من مالكها مباشرة ودفع له الثمن من القرض الذي موله بن البنك مقابل الفائدة .

1- المشتري للسلعة :

والمشتري للسلعة سلما يدفع ثمنها عند التعاقد ويتأخر قبضه لهـــا إلى أجـــل يحـــدده العاقدان ، والمشتري بذلك يمول البائع فإذا ما تسلم السلعة عند الأجل ثم باعها بثمن آجل مع ربح ، فإن هذا الربح أي الخراج يكون في مقابل الضمان ، لأنه ملكها بعد الـــسلم ، وقبضها من المسلم إليه فكان ضامنا لهلاكها وتلفها بعقد وخسارتها بحكم الملك فاســـتحق بذلك الخراج وهو الربح ، وإذا ما باع سلما موازيا سلعة من نوعها بذات المواصـــفات وحدد للمشتري سلما موعدا لتسليمه السلعة بعد قبض السلعة التي اشتراها ، فإن الـــربح

الذي يحل له من ذلك ربح حلال لأنه خراج في مقابل الضمان ، لأنه قبض البضاعة التي اشتراها سلما وصار مالكا وقابضا لها فكان ضمانها عليه والخراج مرتبط بالضمان ومترتب عليه .

5- البنك الذي يبع سلعة مصنعة موصوفة في الذمة :

والبنك الذي يبيع سلعة مصنعة موصوفة في الذمة بمواد من عنده ، بثمن آجل أو ثمن يدفع على أقساط يعد صانعا في عقد استصناع مع العميل فإذا ما تعاقد البنك باعتباره مستصنعا أي مشتريا مع مقاول هو الصانع ليقوم بتصنيع نفس السلعة وتسليمها للبنك في مقابل دفع البنك للثمن وقت تصنيع السلعة ، وحقق بذلك ربحا فإن الربح يعد خراجا في مقابل الضمان ذلك أن البنك قد ملك السلعة المصنعة وقبضها قبل أن يسلمها للمتعامل مع المستصنع فتحمل بسبب هذا المالك الضمان .

المبحث الخامس

النهي عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن

نهى النبي ρ عن بيع ما لم يقبض ، وعن ربح ما لم يضمن ، تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) و ((الغنم بالغرم)) ذلك أن الضمان ينتقل إلى المشتري من البائع بمجموع الشراء والقبض فيما يلزم فيه القبض لنقل الضمان من الأموال يبقى ضمان المبيع فيه على البائع ما لم يسلمه إلى المشتري ولا يكون المشتري ضامنا إلا بعد أن يقبض المبيع ، وذلك استثناء من القاعدة القائلة : ((إن الضمان يتبع الملك والمال يتلف على مالكه ، ما لم يكن هنا شخص آخر مسؤول عن هذا التلف))

فالمشتري الذي قبض المبيع يتحمل وحده مخاطره ، وهو وحده الذي يستحق خراجه أي عائده ونماءه لكونه مالكا قبض المبيع ، فيحق له أن يبيعه من آخر بربح هو خراج في مقابل لنقل الضمان ، أما لو باع المشتري مبيعه من آخر قبل القبض فيما يلزم فيه القبض ، فقبضه المشتري الجديد من البائع الأول دون أن يمر بيد المشتري الأول فلا يحل له الربح لأنه لم يتحمل مخاطره حيث لم يكن ضامنا لما باعه .

ولا أهمية لمدة الضمان في تطبيق قاعدة ((الخراج بالضمان)) حيث يحل الربح حتى ولو بقى المال في قبضه ساعة أو أقل ، لأنه عرض ماله لمخاطر الهلاك وانخفاض الثمن ولو لحظة من الزمان .

وليس للقبض حد دقيق في اللغة ولا في الشرع فيتأتى القبض في ذلك كل شيء بحسبه تحكيما للعرف السائد في البلد وفي الزمان فما يعتبره العرف قبضا فهو كذلك في حكم الشرع يترتب عليه الضمان ، وقد ضرب الفقهاء أمثلة كثيرة لقبض العقارات والمنقولات على أساس عرف زمانهم ومكانهم ويمكن الاسترشاد بها في تحكيم عرف زماننا لأنه هو الواجب الاتباع .

وخلاصة القول : أن النهي النبوي عن ربح ما لم يضمن يؤكد أن الربح مرتبط بالضمان ، مترتب عليه ، فحيث لم يوجد الضمان وتحمل المخاطر لم يحل الربح .

هذا وقد تكلم الفقهاء على مجال تطبيق هذا الأصل عندما تكلموا على ما يجب فيه القبض قبل البيع وما لا يجب فأوجب بعضهم القبض في جميع الأموال المبيعة ، وقصره بعضهم على الطعام دون بقية الأموال ، وتوسط بعضهم على تفصيل ذلك في كتب الفروع .

المبحث السابع

أصل اعتبار المآل وتطبيقاته في نظام التمويل الإسلامي

مضمون هذا الأصل أن المجتهد لا يحكم على فعل ((تصرف أو عقد أو عملية ما)) بالإذن أو المنع أو بالحل أو التحريم إلا بعد معرفة ما يؤول إليه ذلك الفعل فإذا كان الفعل مشروعا لمصلحة ، فإنه يمنع منه في الحالات التي يؤدي فيها إلى فوات مصلحة أكبر أو وقوع مفسدة أشد ، كما أن الفعل الممنوع شرعا لمفسدة تترتب عليه ، يؤذن فيه ويشرع في الحالات التي يؤدي فيها المنع إلى تفويت مصلحة أهم أو وقوع مفسدة أشد .

ومن أهم القواعد التي تتفرع عن هذا الأصل وتتصل بطرق الاستثمار في البنوك الإسلامية وصيغ التمويل المستخدمة فيها ، ((قاعدة الذرائع)) ثم قاعدة المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية : نتناولها بشيء من التفصيل في مطلبين :

المطلب الأول

قاعدة الذرائع

الذريعة هي الوسيلة ، وتقابلها الغاية ، وقد جاءت الشريعة الإسلامية بأصـــل ســـد الذرائع وفتحها ، أما فتح الذريعة فيعني أن وسيلة المطلوب على سبيل الوجوب أو الندب مطلوبة بقدر ذلك الطلب وأما سد الذرائع فمعناه أن وسيلة الممنوع تحريما أو كراهـــة ، ممنوعة بقدر ذلك المنع وشرط سد الذريعة أن يكون هناك فعل مشروع بالأصل لما فيه من تحقيق مصلحة ولكنه في الحالة المعروضة يؤدي على وجه القطع أو الظن الراجح القريـــب من القطع إلى تفويت مصلحة أهم أو وقوع مفسدة أشد ، وقد حكى بعـــض العلمـــاء الإجماع على سد الذريعة في هذه الصور كما حكى الإجماع على عدم سد الذريعـــة أي عدم المنع من الفعل إذا كان أداء الفعل إلى المفسدة نادرا ، أما إذا كان الفعل يـــؤدي إلى المفسدة كثيرا ، أي لا على سبيل القطع والظن الراجح ، ولا على وجه الندرة ، فيـــذهب الإمام مالك رحمه الله إلى سد الذريعة في هذه الحالة بينما يبقى غيره من الأئمة الفعل على أصل الجواز .

وقاعدة الذريعة أصل كلي ثبت مفهومه من استقراء مجموع النصوص الشرعية علـــى وجه القطع ، والبنوك الإسلامية بحاجة إلى إعمال هذه القاعدة ومراعاة تطبيقها عند تقويم صيغ العقود والتمويل وغيرها من أوجه التعامل التي تقوم بها في مجال الاستثمار .

وتطبيقا لهذه القاعدة أفتى المالكية بمنع بيع العينة التي كثير قصدها عند الناس ، كـــأن يبيع الرجل سلعة بعشرة نقدا ثم يشتريها منم باعها له بعشرين إلى أجل فقد منع هذا البيع وإن كان البيع في أصله فعلا جائزا مشروعا لما يحققه من مصلحة لأنه يؤدي إلى مفـــسدة كبيرة في هذه الحالة وهي اقتراض عشرة نقدا على أن يدفعها عشرين بعد مدة من الزمن.

والعبرة في تطبيق هذه القاعدة بعموم قصد الربا بهذه المعاملة وشيوعه في الناس فـــلا حاجة إلى إثبات أن كل متعاملين يقصدان الربا بهذه المعاملة فهي قاعدة عامة موضـــوعية

وليست شخصية حتى نبحث عن نوايا المتعاملين والقرائن الخاصة بمعاملتهما ، كما يفعـــل
في قاعدة المنع في التحيل على إبطال الأحكام الشرعية .

المطلب الثاني

قاعدة المنع من التحيل على إبطال الأحكام الشرعية

تعني هذه القاعدة أن المكلف يقصد بعمل ظاهر الجواز ما لا يجوز شـــرعا كإبطـــال حكم أو تفويت حق ومثاله أن يهب مالك النصاب جزءا من ماله (النصاب) قبيل الحول ، فرارا من وجوب الزكاة عليه ، وبالتالي تفويتا لحق الفقراء .

فالهبة فعل مشروع في الأصل ، لما تحقق من مصالح تتمثل في تدريب المكلف علـــى الجود والكرم والسخاء ، ولكن المكلف قصد بالهبة هنا تفويت حق الفقراء بخلا وشـــحا وقد مثل الفقهاء للتحيل بمن يبيع سلعة بعشرة على أن يشتريها ممن باعها لها بعـــشرين إلى أجل إذا لم يكثر ذلك من الناس ولكن ثبت قصد المتعاملين بإقرارهما أو بالقرائن القوية .

ولا خلاف في عدم جواز التحيل على إسقاط الواجبات الشرعية أو تغـــيير أحكـــام الشريعة أو إبطال حقوق الناس ديانة ، غير أن هناك خلافا بين المجتهدين في حكم التحيل قضاء فبعض الفقهاء كالمالكية يرون بطلان التحيل والعقود والتصرفات المبنية عليه قضاء ، بينما يرى البعض الآخر ، كالشافعية صحة العقد والتصرف إعمالا لحكم الظاهر .

هذا ويجب على البنوك الإسلامية عند تمويل المتعاملين أن تتأكد من أن قصد المتعامل لا يناقض قصد الشارع ، وذلك من خلال الدراسة المتعمقة لمشروعيته ، والصيغة الشرعية المناسبة لتمويله ومراقبة التنفيذ حتى لا تخفى بعض المعاملات ربا أو غررا أو غيرهما مـــن المخالفات الشرعية .

الفصل الثاني

الاستثمار الإسلامي أنواعه ، خصائصه ومقارنته بالاستثمار الربوي

المبحث الأول

تعريف الاستثمار وأنواعه

أولا : تعريف الاستثمار :

الاستثمار هو العمل في المال بقصد التنمية ، وهو قد يكون بالتجارة والزراعة والتعدين أو غير ذلك من طرق الاستثمار التي قصد بها تنمية المال وزيادة إنتاج السلع والخدمات .

ثانيا : أنواع الاستثمار :

وهناك نوعان من الاستثمار :

النوع الأول : الاستثمار المباشر :

وهو استثمار يجمع فيه صاحب المال بين ملكية رأس المال والعمل فيه فيتصرف في إدارة ماله ويتخذ القرارات الاستثمارية بشأنه ويجني ثمار استثماره ويتحمل المخاطر وحده.

وقد يقوم بهذا ا لنوع من الاستثمار الشخص منفردا دون شريك وقد يشرك معه غيره ممن يرغبون في استثمار أموالهم بأنفسهم ، ويتحملون مخاطر استثمارها ويجنون ثمارها فيجمعون مثله بين الملك والتصرف ، وهذا ما يسمى بالشركة في الفقه الإسلامي .

1- الاستثمار المباشر الفردي :

وإذا كان الاستثمار المباشر فرديا أي يجتمع الملك وسلطة الإدارة والعمل في شخص واحد هو مالك المال ، تترتب عليه النتائج التالية :

أ- أن الربح كله للمالك باعتباره مالكا لا حق لغيره فيه ولأنه وحده الذي عمل فيه ، والربح يستحق بالمالك أو بعبارة أخرى بالمخاطرة بمنفعة المال ومنفعة العمل ، وهو قد خاطر بهما معا .

ب- أن المالك هنا هو الذي يتصرف في المال باعتباره مالكا ، لأن الملك يقتضي سلطة التصرف واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وإنما يتنازل المالك عن سلطة التصرف هذه إذا دفعه إلى غيره لاستثماره بحصة من ربحه .

ج- أن المالك يتحمل مخاطر استثمار المال ويعتبر مسؤولا عن تصرفه فيه ، وذلك باعتباره مالكا ، وهذا هو الأصل الشرعي ، سواء استثمر المالك ماله بنفسه أو دفعه لغيره لاستثماره بحصة من ربحه ، إذ الضمان يترتب على الملك ويستحق المالك خراج ملكه مقابل هذا الضمان وقد بين الشارع أن القبض في المبيع شرط في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري فيضم هذا الشرط إلى الملك في تحمل المخاطر ووجوب الضمان .

د- إن خراج المال ، أي نتاج وربحه ونماءه للمالك باعتباره مالكا ، سوءا كان ذلك النماء ناتجا عن عمل المالك في المال ، أو بقدرة الله تعالى دون عمل منه ، كسمن الدابة وحملها وإنبات الأرض للكلأ وارتفاع القيم وغلاء الأسعار فليس علم المالك شرطا في استحقاقه لنمائه لأن الملك وحده يكفي في استحقاقه للنماء .

ه- أن قضية التمويل بالمعنى الذي تقصده البنوك التجارية لا تثور عندما يتولى المالك التصرف في ملكه ويتخذ القرارات الاستثمارية بنفسه فهو قد يشتري السلعة او ينتجها بماله ، ثم يبيعها بثمن آجل أو على أقساط يزيد عن تكلفة الشراء أو الإنتاج فيحصل على ربح مقابل الملك والضمان كما ذكرنا ، ومع ذلك لا يعد ممولا للمشتري منه بثمن الشراء أو تكلفة الإنتاج وأن مقابل هذا التمويل هو

الربح الذي يضاف إلى التكلفة بسبب التأجيل ذلك أنه استحق الربح هنا بناء على الملك والتصرف بالاستثمار أي البيع الذي أوجد قيمة تبادلية لسلعة واستنفد جهدا ووقتا من البائع وقد يبيع السلعة بثمن عاجل مع ربح يزيد عن ربح البيع بالثمن الآجل ، فالربح مرتبط بالنشاط الاستثماري وهو التجارة وهي عمل مشروع لأن الخراج هنا مقابل للضمان الذي يتحمله المالك من مخاطر الهلاك والتلف والخسارة وغيرها .

وليس معنى قولنا إن الربح هنا مبرر بقاعدة الملك والضمان ، أن الثمن الآجل للبيع لا ينبغي أن يزيد عن الثمن العاجل بل تجوز الزيادة لأن الشارع ترك للعاقدين حرية تحديد الثمن والأجل فليس الزمن هو الصوف أو العلة المؤثرة في الحكم ، أي في الربح ، بل جاء طردا فقد يبيع بثمن آجل أقل من الثمن العاجل لظروف السوق ، أما إذا انفرد الأجل عن واقعة البيع بأن باعه بثمن عاجل ثم أجله واشترط عليه زيادة في الثمن مقابل الأجل فقد صار آخذا للربا المحرم .

ومن هنا فإن الربح يحل للبنك في هذا النوع من الاستثمار ، وهو الشراء بثمن عاجل من أجل البيع بثمن آجل مع زيادة في الثمن ، وذلك يحدث عادة للواعد بالشراء إذا كان بيع البنك للواعد بالشراء قد حدث بعد تملك البنك السلعة وقبضها القبض الناقل للضمان فيما يشترط فيه القبض لنقل الضمان لأن الشرع نهى عن بيع ما لم يقبض وعن ربح ما لم يضمن ، تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) .

وقد أخذ على ممارسات بعض البنوك الإسلامية أنها لا تتحرى الدقة في التملك والقبض الناقل للضمان قبل بيع المرابحة للواعد بالشراء ، وتزيد الأمر دقة ثورة الاتصالات والتجارة الإلكترونية وتمام إجراءات الشراء والقبض عن طريق الإنترنت في دقائق وعلى شاشات ((المونوتر)) وبطرق وإجراءات جديدة للقبض يترتب عليها انتقال الضمان ، وفقا لعرف التجارة الدولية ولكن المطلوب شرعا هو ضرورة أن يتم بيع المرابحة للواعد بالشراء بعد تملك البنك للسلعة وقبضها القبض الناقل للضمان ولو للحظة حتى يحل للبنك الربح ، والخراج مقابل الضمان .

وقد جر إلى هذه المخالفات الفهم الخاطئ الشائع أن عملية بيع المرابحة للواعد بالشراء تدخل في باب التمويل للمشتري بالمعنى الذي يجري عليه العمل في البنوك الربوية فأدى ذلك إلى الفهم الخاطئ إلى تنفيذ المعاملة على أنها تمويل أو ائتمان للآمر بالشراء للسلعة التي اشتراها هو ويقوم البنك بدفع ثمنها للبائع نيابة عن المتعامل ويتقاضها من المتعامل على أقساط مع حساب نسبة ربح تتم عادة بطريقة حساب الفائدة السائدة .

والواقع أن هذه الممارسات قد قلت أو انعدمت بعد العناية بالرقابة الشرعية والتدريب وصدور الكتب والنشرات وعقد المحاضرات والندوات وحلقات البحث ومجموعات العمل ، وتعد تجربة بنك دبي الإسلامي رائدة في طريق التصحيح لهذه المفاهيم الخاطئة .

2- الاستثمار المباشر في الشركة :

يتفق في هذه الصورة الشركاء على المساهمة بالمال ، والاشتراك في إدارته واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وتترتب على ذلك النتائج التالية :

أ- أن استحقاق الربح يكون بمال فقط ، دون اعتبار بالعمل فقد يعمل أحدهم أكثر من غيره ، وقد يكون عمل بعضهم أكثر نفعا أو أعظم أثرا في تحقيق الربح ، ولكن الربح يوزع بنسبة ما قدمه كل شريك من مال ولا يجوز اشتراط غير ذلك وبهذا قال جمهور الفقهاء كالشافعية والمالكية وابن حزم وزفر من الأحناف وقد خالف في ذلك جمهور الأحناف والحنابلة فقالوا بجواز التفاضل في توزيع الربح بالشروط مع تساوي الأموال ، وقد أسس هؤلاء اجتهادهم على أن الربح يستحق بالعمل كما يستحق بالمال كما في عقد المضاربة والمزارعة والمساقاة ، والعمل قد يختلف من شريك لآخر فجاز اشتراط التفاضل في الرحب وإن تساوت الأموال .

ب- أن الشركاء يتحملون الخسارة في الشركة بنسبة أموالهم باتفاق الفقهاء لأن المال ينقص ويهلك ويتلف ويخسر على مالكة ، وليس هناك بسبب شرعي لتحمل أحد الشركاء من الخسارة أكثر من حصته في رأس المال .

ج- أن الشركة تقتضي المشاركة في الربح بحسب حصص الشركاء في رأس المال ، أو مع التفاضل على رأي بعض الفقهاء فهذا هو مقتضى عقد الشركة وحكمها الأساسي ، وبذلك يبطل كل شرط يقطع الشركة في الربح أي يحرم أحد الشركاء من الربح وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء فإذا اشترط أحد الشركاء لنفسه مبلغا محددا من أرباح الشركة مع حصة من الربح أو بدونها بطل عقد الشركة لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد .

النوع الثاني : الاستثمار غير المباشر في المشاركة :

النوع الثاني من أنواع الاستثمار هو الاستثمار غير المباشر بطريق المشاركة بين رأس المال والعمل ففي هذا النوع من الاستثمار يقدم المالك ماله لمن يعمل فيه بحصة من نمائه ففيه ينفصل المالك عن الإدارة ويتخلى مالك المال عن سلطته في اتخاذ القرارات الاستثمارية بخصوص هذا المال مع بقائه مالكا لماله ومتحملا لمخاطر استثماره بحكم هذا الملك ويستحق بذلك نماءه وربحه إلا ما شرطه للعامل منه .

ومن أمثلة صيغ المشاركة المضاربة والمزارعة والمساقاة والمغارسة فالمضاربة مشاركة بين رأس مال نقدي أو مال مثلي عند البعض يقدمه رب المال وعمل يقوم به المضارب أو العامل هو استثمار وتنمية هذا المال ، والاستقلال باتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وذلك مقابل حصة من ربح هذا المال .

والمزارعة عقد يقتضي دفع الأرض لمن يزرعها ويعمل فيها والناتج بين مالك الأرض وعامل المزارعة حسب اتفاقهما فهي عقد على الزراعة ببعض الخارج من الزرع .

والمساقاة عقد يقتضي دفع الشجر لمن يعمل فيه ويسقيه ويخدمه بالتسميد والتهذيب وغير ذلك مما يحتاج إليه الشجر ، والمغارسة عقد يقتضي دفع الأرض لمن يغرسها شجرا

على أن يستحق حصة من الأرض والشجر بعد بلوغ الشجر حد الإثمار ، حسب اتفـــاق مالك الشجر وعامل المساقاة .

المبحث الثاني

خصائص المشاركات

المشاركات التي ذكرنا أمثلة منها يجمعها أنها عقود على العمل في مال الغير ببعض نمائه فهناك عمل في مال الغير ، والعمل يقتضي وجود عامل يسمى المضارب أو عامل المزارعة أو المساقاة ، وهناك مال هو رأس المال في المضاربة والأرض في المزارعة والمغارسة ومالك الشجر في المغارسة والمساقاة ، وهناك نماء يسمى الربح في المضاربة ، والخارج في المزارعة ، والثمر في المساقاة والشجر في المغارسة ، وهناك مالك لهذا المال ، ويسمى رب المال ، أو مالك الأرض في المزارعة ، ومالك الشجر في المساقاة ، وهنا استحقاق للعامل في هذا النماء ، والباقي للمالك بحكم المالك ، وهناك في النهاية عقد بين مالك المال والعامل فيه يحدد رأس المال والعمل ونسبة توزيع النماء بينهما .

وإليك بيان خصائص المشاركة التي تؤخذ من تعريفها ، ومن الشروط التي اشترطها الفقهاء لكل ركن أو عنصر من عناصرها :

أولا : إطلاق يد العامل في إدارة المال واستثماره :

وهذا يقتضي :

1- تسليم رأس المال أو الأرض أو الشجر للعامل حتى يتمكن من العمل فيه ، والعمل هو استثمار هذا المال واتخاذ القرارات اللازمة لهذا الغرض .

2- منح العامل سلطة كاملة في تنمية المال واستثماره ، باتخاذ القرارات الاستثمارية حتى يكونه مسؤولا عن النتائج وهو يخاطر بعمله فإذا لم يتحقق ربح يخسر العامل مقابل عمله أي منفعته وهي مال في الحقيقة بدليل أخذ الأجر في عقد الإجارة مقابل استيفاء منفعة العامل .

3- عدم تدخل المالك في الإدارة واتخاذ القرار ، وكل ما له حسن اختيار العامل ووضع الشروط اللازمة والقيود التي يردها في عقد المشاركة .

4- عدم التضييق على العامل وغل يده عن التصرف كأن يشترط المالك على العامل الاتجار في سلعة نادرة الوجود ، أو في منتج ليس له سوق أو الشراء والبيع من شخص بعينه لأن مثل هذه الشروط تخالف مقتضى هذا العقد وهو تنمية المال ، وبذلك يبطل العقد .

وبهذا يتضح أن العامل في عقود المشاركة هو صاحب القرار الاستثماري حيث يمنحه المالك سلطة كاملة ، ولا يتدخل معه في اتخاذ القرار ولا يشترط عليه ما يغل يده عن التصرف والقرار الذي يتخذه العامل يعتمد على طبيعة المال الموضوع تحت تصرفه للاستثمار ، فالأرض للزراعة والغراس ، والشجر للتثمير ، والنقود للمضاربة بها في الزراعة وأنواع التجارات والصناعات .

ولا خلاف في أن لرب المال أن يحدد مجال الاستثمار ، ومكانه ومن يتعامل معهم المضارب وغير ذلك من الشروط التي لا تضيق على العامل وتكون في مصلحة المضاربة ولكن هذا التحديد لا يكون في عقد المضاربة ، فإذا لم يحدد شيئا في العقد لم يكن له حق التدخل أثناء العمل .

ويرى جمهور الفقهاء ضرورة تسليم المال إلى العامل وإطلاق يده فيه ، كما نصوا على بطلان هذه العقود لو اشترط فيها رب المال شروطا تغل يد العامل عن التصرف أو تضييق عليه في اتخاذ القرار كأن يشترط العمل مع العامل أو مشاركته أو مشاورته في اتخاذ القرار .

ولكن يلاحظ أن بعض الفقهاء يرون أن عدم تسليم المال في المضاربة أو اشتراط عمل رب المال مع العامل لا ينفي مقتضى العقد ولا يؤثر في سلطة العامل فلا يبطل معه العقد فتصح عند الحنابلة مثلا المضاربة مع اشتراط رب المال بقاء المال تحت يده أو تحت يد أمين يعينه ويمكن للمضارب أن يأخذه بالتدريج عند الحاجة كما انهم يرون جواز اشتراط عمل رب الأرض مع العامل في المزارعة والمساقاة إذا كان عمل العامل هو الأكثر وقد أجاز الحنابلة اشتراطعمل رب المال مع المضارب في المضاربة لأنه لا ينافي مقتضى

عقد المضاربة عندهم فالمشاركة تجوز عندهم بين شخصين ومال أحدهما ، وبين شخصين وماليهما بناء على مذهبهم في التوسع في المشاركة ، ولعل هذه الصيغة من التمويل عقد وسط بين الاستثمار الفردي المباشر وبين الاستثمار في الشركة ، ولا خلاف في أن مقتضى عقد الشركة هو الاشتراك في المال وفي اتخاذ القرار الاستثماري بشأنه .

والمالكية أيضا يرون أن اشتراط عمل صاحب الأرض مع العامل في المزارعة لا يبطلها لأنها تجوز عندهم حتى مع اشتراك الطرفين في الأرض والبذل والعمل فهذه الصيغة قريبة الشبه بشركة العنان إذ فيها اشتراك في المال وفي اتخاذ القرار الاستثماري وفي العمل ، وليست مشاركة خالصة بين المال والعمل .

وتسليم المال للعامل فيه مضاربا كان أو مزارعا أو مساقيا يقتضي بالضرورة العلم بهذا المال وذلك بتحديده في عقد المشاركة فلو كان هذا المال غير معلوم لم تنعقد المشاركة ، وهذا لا خلاف فيه بين المجتهدين لأنه مقتضى عقد المشاركة بحيث يتعذر تنفيذه وقيام العامل بالاستثمار المطلوب ما لم يكن المال الذي يعمل فيه معلوما .

ثانيا : أن يكون المال مما ينمو بالعمل فيه :

إذا كانت المشاركة مضاربة أو مزارعة أو مساقاة عقدا على العمل في مال الغير ببعض نمائه فإن نماء المال أي قابلته للنماء بالعمل فيه يعتبر شرطا لازما في هذا العقد إذ هو ثمرة العمل وسبب مكافأة العامل وصاحب المال فإذا لم يكن المال قابلا للنماء بالعمل فيه لا تصح المشاركة لانتفاء مقصود الشارع منها والعقود إذا تقاعست عن تحقيق مقصودها بطلت كإيجار عين لا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها منها .

وقابلية المال للنماء بالعمل فيه موضع اتفاق بين الفقهاء ، فقد نصوا على اشتراط أن يكون لعمل المزارع والمساقي تأثير في الخارج والثمر فتأثير العمل في الخارج والثمر هو مناط الصحة في هذين العقدين وسبب استحقاق العامل حصة من النماء ، وكذلك في المضاربة يجب أن يكون رأس المال نقدا أومالا مثليا على رأي الحنابلة لقابليتهما بالطبع للنماء ، فإن النقود مال نام بالقوة ، ولذا علل الحنفية وغيرهم من المانعين للمضاربة

بالعروض كمن دفع قماشا إلى آخر يخيطه أثوابا ويبيعها على أن يكون الثمن بينهما ، بأن المضارب لم يشر القماش ولذا لم يكن لعمله تأثير في المال فلا يستحق حصة من الربح .

وقد علل ابن قدامة من الحنابلة صحة المشاركة بالدابة من ربها والحمل عليها من آخر بأنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها ، كما يؤكد أن الدراهم والدنانير لا تنمي إلا بالتقليب ولذا شرعت المضاربة لأنه ((ليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولا كل من يحسن التجارة له رأس مال)) .

ومما يؤكد ذلك أيضا أن المالكية وغيرهم يحكمون ببطلان عقد المساقاة على ثمر قد بدا صلاحه لعدم تأثير العمل فيه ، ويبرر الشافعية جواز المساقاة بأنه ((بالعمل عليها تحصل الثمرة)) .

والمقصود بالنماء هنا هو الزيادة عن المال المستثمر ، سواء كانت ربحا بالمعنى الفني الدقيق أم لا ، فالنماء في المضاربة ما زاد على رأس المال بعد اقتطاع كافة مصاريف المضاربة والنماء في المساقاة هو الثمر الذي قام المساقي بخدمته وإصلاحه حتى صار صالحا.

ثالثا : لما كانت المشاركة عقدا على العمل في مال الغير بحصة من نمائه كان المال الذي في يد العامل ، أي النقود أو الأرض أو الشجر مملوكا لغيره ويد العامل فيه يد أمانة بالقدر اللازم لتحقيق مقاصد المشاركة .

فالمالك يحتفظ لنفسه بملكية المال الذي دفعه للعامل ووضعه تحت تصرفه بكل ما يتضمنه حق الملكية من حقوق والتزامات ومنها أن له غنم هذا المال إلا ما شرط منه للعامل وعليه غرمه إذ لم يكن للعامل يد في هذا الغرم ، وتترتب على ذلك النتائج التالية:

1- استحقاق رب المال للنماء (الربح أو الخارج من الأرض أو الثمر) بمقتضى الملك إلا ما شرط منه للعامل في عقد مشاركة صحيح ولا دخل للعقد في استحقاق مالك المال أو صاحب التمويل للنماء ، بل العقد لازم لاستحقاق العامل حصته منه ، لأنه لا يستحقه بعمله إلا بالشرط ، فمن عمل في مال الغير دون شرط فلا يستحق شيئا ويعد متبرعا .

2- وتطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) إذا هلك رأس المال فهلاكـــه علـــى مالكه ما لم يوجد شخص آخر مسؤول شرعا عن هذا التلف والهلاك ، ولا ضمان على العامل الذي سلك في إدارة المال مسلك الرجل المعتاد فلم يتعد ، و لم يقصر في الحفظ ولا في الإدارة و لم يخالف شروط العقد حيث لا يوجـــد سبب لتضمين العامل مال المشاركة فيغير هذه الحالات ، لأنه ليس مالـــك للمال ، فمن غير المعقول أن يطلب من العامل وهو يستحق حصة من النماء لمخاطرته بعمله أن يتحمل كامل المخاطر ويلتزم بالضمان للمال أيضا .

وبهذا يختلف العامل في المشاركة الشرعية ، مضاربة أو مزارعة أو مساقاة عن المقترض الذي يمول مشروعه عن طريق القرض بفائدة فإنه يـــضمن رأس المـــال المقترض ، كما يضمن عمله (أي يخاطر بالمال والعمل معا) بالإضافة إلى التزامـــه بدفع الفائدة لصاحب المال ، بينما لا يتحمل الممول فـــردا كـــان أو مؤســـسه المخاطر حيث لا يلتزم بضمان رأس المال وذلك يرجع إلى أن عقد القرض ينقـــل ملكية المال إلى المقترض صاحب المشروع فإذا هلك المال ضمنه تطبيقا للقاعـــدة السابقة ، ولذلك إذا نص في عقد المضاربة على ضمان المضارب لرأس المال تحول العقد إلى قرض عند بعض الفقهاء فيهلك المال على ملكه ، ويستحق العامل بهذه الملكية كامل النماء ، تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) ويرى الجمهور أن عقد المضاربة يبطل بهذا الشرط .

3- إذا بطل عقد المشاركة أو فسد فإن النماء كله لصاحب المال ، يسقط حـــق العامل فيه ، لأنه استحق جزءا منه بالعقد فلما فسد العقد لم يسلم له هـــذا الجزء ، وكان له أجر مثله مقابل عمله ، لأنه عمل في مقابل عوض لم يسلم له حق و لم يكن متبرعا .

4- يصح تصرف رب المال باعتباره مالكا في مال المضاربة بقيمته الاسمية قبـــل تصرف المضارب فيه ، وبغير قيمته الاسمية إذا تحـــول إلى أعيـــان وحقـــوق

ومنافع وقبل تنضيده إلى نقود مرة أخرى ، ويغتفر القليل من النقد والـدين إذا بيعت موجودات المضاربة التي أكثرها أعيان وحقوق ومنافع .

رابعا : ملكية العامل حصة من النماء :

يقتضي عقد المشاركة استحقاق العامل في المال حصة شائعة في النماء وقد اتفق الفقهاء على أن حق العامل في حصته من النماء هو حق ملكية فهو شريك لرب المال في النماء بعد العمل وظهور النماء .

وقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاما شرعية بعضها محل اتفاق بينهم وبعضها محل خلاف بناء على هذا الأساس ومن هذه الأحكام أن العامل إذا مات ورث أهله حصته من الناتج ثم يخيرون في فسخ المشاركة أو إتمام العمل والاستمرار فيه ، ومن ذلك أيضا تقييد حق رب المال في طلب التصفية والتنضيض في المضاربة أو قلع الشجر وقطف الثمار في حالة فسخ العقد .

خامسا : الاشترك في عوائد الاستثمار :

من خصائص هذه العقود أن النماء يوزع بين المالك ((الممول)) والعامل على الاشتراك ولذا أجمع الفقهاء على وجوب العلم بحصة كل منهما من النماء ، وأن تكون حصة كل منهما نسبة شائعة من النماء بحيث لو شرط لأحدهما مبلغ معين مع نسبة من الربح أو بدونه أو شرط ربح صفقة بعينها في المضاربة ، أو ما يخرج من قطعة معينة من الأرض في المزارعة ، أو ثمار أشجار بعينها في المساقاة ، بطل عقد المشاركة كما يبطل بكل شرط يقطع الشركة في الربح .

وكذلك لو شرط في عقد المضاربة أن كل الربح للعامل تحول العقد إلى قرض وإن شرط كل الربح لرب المال تحول إلى إبضاع (وهو العمل في مال الغير والربح كله للمالك) على الرغم من استعمال صيغة المضاربة وذلك عند الحنفية .

بينما يرى الشافعية والحنابلة أن العقد في هذه الحالة فاسد وللمضارب أجر المثل ، أما إذا لم يستعملا صيغة المضاربة فيتحول العقد إلى قرض أو إبضاع ، أما المالكية فقد أجازوا

اختصاص أحد العاقدين بالربح ويجب الوفاء به لأنه من باب الهبات فإذا كان التبرع من رب المال للعامل أشبه العقد القرض ويبقى رب المال ضامنا لرأس المال بحكم عقد المضاربة ، أما إذا تبرع المضارب وتطوع بالعمل فإن المضاربة تصير إبضاعا .

وقد اشترط بعض الفقهاء أن يكون الربح في المضاربة مختصا بالعاقدين لا يشارك فيه غيرهما فإن شرط شيء من الربح لغير العاقدين فالشرط فاسد ، لأنه ليس للغير مال ولا عمل ولا ضمان يستحق به ربحا ويعود الجزء المشروط للغير لرب المال لكونه نماء ماله فالعقد صحيح لأن ذلك لا يؤدي إلى الغرر وجهالة الربح فيستحق كل من العاقدين ما شرط له .

أما الشافعية والحنابلة فقد قالوا بفساد الشرط وعودة الجزء المشروط للغير لكلا العاقدين لأنهما تبرعا به ، والعقد فاسد لجهالة نصيب العاقدين من الربح حيث لا اتفاق في العقد على قسمة حصة للغير .

أما المالكية فيرون جواز اشتراط جزء من الربح أو كله للغير ، والشرط عندهم صحيح والعقد صحيح لأن العاقدين تبرعا بذلك الجزء من الربح فكان هبة .

الباب الثاني

صيغ التمويل الإسلامي

ويشتمل هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول : صيغ التمويل في الاستثمار المباشر .

والفصل الثاني : صيغ التمويل في الاستثمار بالمشاركة

الفصل الأول

صيغ التمويل في الاستثمار المباشر

المبحث الأول

البيع بثمن آجل

تعريفه : البيع بثمن آجل هو بيع عادي يشترط فيه ما يشترط في البيع المطلق من شروط وتترتب عليه نفس الآثار وللبنوك الإسلامية أن تقوم بالاستثمار المباشر وأن تتولى التمويل عن طريق شراء السلع بثمن حال بقصد بيعها بثمن مؤجل أو على أقساط بأعلى من ثمن الشراء طلبا للربح ، واستحقاق الربح هنا يكون بالضمان ، فإن البنك عندما يشتري السلعة بثمن حال ويمتلكها بصير ضامنا لهلاكها وتلفها وانخفاض سعرها بحوالة الأسواق لأن المال يهلك ويتلف على مالكه فيستحق نماءه وربحه تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان))

والبنك هنا يجمع بين الملكية للسلعة وإدارتها ، وهو يخاطر بملكه كما يخاطر بعمله ، ولو انفرد الملك عن العمل استحق المالك الربح مقابل المخاطرة بالملك ، واستحق العامل الرحب مقابل المخاطرة بالعمل ، فإذا اجتمعا كان استحقاق الربح بكل منهما ، فكل منهما سبب وعلة كاملة وليسا جزئي سبب أو علة أي أن اجتماعهما ليس شرطا .

المبحث الثاني

بيع المرابحة

ونتناول هذا المبحث في مطلبين :

الأول منهما : تعريف المرابحة .

والثاني : شروط بيع المرابحة .

المطلب الأول

تعريف بيع المرابحة

بيع المرابحة هو بيع السلعة بما قامت به على البائع من ثمن ومصروفات ، بالإضافة إلى ربح يتفق عليه البائع والمشتري ، وهذا الربح قد يكون مبلغا مقطوعا ، وقد يكون نسبة محددة وهو من بيوع الأمانات يصدق فيه البائع مرابحة فإن ظهر كذبه كان له حق الفسخ وأخذ الثمن ، إلا إذا أسقط البائع الزيادة التي أضافها دون وجه حق ، وللفقهاء تفصيل فيما يضاف إلى ثمن الشراء من المصاريف عند حساب ما قامت به السلعة على البائع والمصاريف التي تدخل في حساب نسبة الربح وتلك التي لا تدخل فليرجع إليه في مصادره ، وقد يتم بيع المرابحة وتلك التي لا تدخل فليرجع إليه في مصادره .

وقد يتم بيع المرابحة للواعد بالشراء بأن يتقدم المتعامل مع البنك مبديا رغبته في الحصول على سلعة محددة القدر والصفة ، وواعدا بشرائها من البنك بعد تملك البنك وقبضه لها القبض الناقل للضمان بما قامت به على البنك من ثمن ومصروفات بالإضافة إلى ربح محدد فيقوم البنك بشراء هذه السلعة وقبضها فيما يلزم فيه القبض قبل بيعه وهو الطعام ثم يخطر المتعامل بذلك فيوقع معه عقد الشراء مرابحة وفقا للشروط والمواصفات والثمن والأجل الواردة في الوعد بالشراء .

والوعد بالشراء ليس شراء من الناحية الشرعية ، وإن حكم به القضاء عند نكـــوص الواعد بالشراء ولكنه وعد ملزم بالشراء على اجتهاد بعض الفقهاء معنى الإلـــزام فيـــه أن الواعد بالشراء إذا رفض الشراء بعد تملك البنك وقبضه للبضاعة التي وعد البنك بـــشرائها مرابحة فإنه يلتزم بتعويض عن الضرر الفعلي الذي أصابه فإذا لم يكن هناك ضرر فعلـــي لا تعويض وعادة ما يصر البنك الإسلامي على أخذ بعض الضمانات من المتعامـــل الواعـــد بالشراء لتنفيذ وعده ودفع مبلغ التعويض إن كان له محل عند نكوصـــه عـــن الـــشراء ، والبنوك الإسلامية تلجأ إلى هذه الصيغة كثيرا وتعطيها أولوية على غيرها نظرا لسهولتها وقلة مخاطرها إذا قيست بالمضاربة والمشاركة التي لا تعرف نتائجها عند تقديم التمويـــل ، في حين أن البنك في المرابحة يحدد العائد عند البيع ، ويأخذ الضمانات الكافيـــة للوفـــاء بالثمن والواقع أن هذه المعاملة يتخلف عنها دين في ذمة المشتري مرابحة ، ومخاطر الوفـــاء بالدين أشد من مخاطر عدم معرفة العائد في المشاركات التي يحتفظ فيها البنك بحق الملـــك وسلطة المراقبة ، في حين يتخلى البنك عن الملك في بيع المرابحة ولعل السبب الحقيقي وراء كثرة التعامل ببيع المرابحة للآمر بالشراء هو قرب هذه الصيغة مما اعتاده العاملون في البنوك الإسلامية إبان عملهم في البنوك التجارية وما درسوه في معاهده وما تجري عليه مؤسسات التمويل الدولية من الإقراض بالفائدة وعلى كل حال فإن هذه الصيغة إن أحسن تطبيقهـــا فإنها تساهم في حل مشكلة التضخم التي تترتب على التمويل بالفائدة إذا المفـــروض أنهـــا تمول السلع ولا تستعمل في غير ذلك حتى يمكن رد مبلغ الثمن والربح .

المطلب الثاني

شروط بيع المرابحة

أهم شروط هذه الصيغة بعد مراعاة شروط صيغة البيع بصفة عامة هو التأكـد مـن الترتيب الزمني لإجراء عملية البيع مرابحة فيجب التأكد بما لا يدع مجالا للشك أن البنك قد تملك السلعة قبل أن يبيعها مرابحة قل الزمن بين واقعة التملك والبيع بالمرابحة أو كثـر فعقد شراء البنك للسلعة يجب أن يتم في جميع الأحوال قبل أن يبيعها مرابحة لأن البنـك قبل شرائه للسلعة غير مالك لها ، وقد نهى النبي ρ عن بيع الإنسان ما ليس عنده أي مـا ليس مملوكا له وقت البيع وكذلك القبض فيما يجب فيه القبض قبل البيع كالطعام مثـل القمح والشعير والذرة والأرز وغيرهما وذلك لنهي النبي ρ عن ربح ما لم يضمن أي ما لم يدخل في ضمان البائع بالقبض ، وعن بيع ما لم يقبض وللقبض أهمية خاصـة في الفقـه الإسلامي وهو معنى عام يكون في كل شيء بحسبه فالقبض في العقار التخلية وفي المنقول .بما يعده العرف قبضا يترتب عليه انتقال الضمان أي المسئولية عن التلف والهلاك وانخفاض الأسعار فالعبرة بحكم القبض وأثره وما يترتب عليه وهو انتقال الضمان ، فلا يجيزون بيع المشتري قبل قبضه في جميع الأموال من الطعام وغيره ، والذي نراه هو التيـسير واعتبـار القبض شرطا في الطعام دون غيره .

وفي البيع الآجل والبيع مرابحة للآمر بالشراء يشتري البنك السلعة بثمن حال بقـصد إعادة بيعها بثمن آجل يزيد عن ثمن الشراء وهذه الزيادة هي الربح والبنك لا حاجة له إلى السلعة التي اشتراها ولا يرغب في اقتنائها أو استعمالها أو استهلاكها ولكنـه يرغـب في استثمار أمواله بإعادة بيعها بثمن آجل أعلى من ثمن الشراء وليست زيادة الثمن الآجـل بسبب الزمن بل بسبب البيع نفسه بدليل أن ثمن البيع لو تحدد وصار دينا في ذمة المـدين فإنه لا يجوز زيادته مقابل الزمن فالبنك وهو يمول المشتري مرابحة أو بثمن آجـل يقـوم بوساطة تجارية وليست وساطة مالية ، وسبب استحقاق البنك لهذا الربح هو الضمان أي المخاطر التي تعرض لها بسبب التملك فالبنك عندما يشتري السلعة بثمن عاجل بقـصد

إعادة بيعها بثمن آجل يزيد عن ثمنها العاجل ، يتحمـــل مخـــاطر هلاكهـــا أو تلفهـــا أو خسارتها بسبب حوالة السوق وقد لا يستطيع أن يبيعها بما اشتراها به ، والقاعدة الشرعية أن الخراج أي الربح بالضمان ، أن يتحمل المخاطر ولذا لا يحل هذا الربح إلا من خـــلال واقعة الشراء والبيع وتحمل المخاطر فلو أن المتعامل اشترى السلعة من مالكها الأصـــلي أو منتجها ، ثم طلب من البنك أن يدفع عنه ثمن السلعة عاجلا ويسترد أكثر منه مقـــسطا أو آجلا دون أن يتملك البنك هذه السلعة ويقبضها ويتحمل ضمانها ومخاطرها ، لكان قرضا بفائدة وهو ربا محرم فالبنك وسيط تجاري يقوم بعملية تجارية ، وهي استثمار مباشر قـــد يكسب فيها وقد يخسر وهي تختلف عن وساطة البنوك الربوية المالية وهي إقراض بفائدة .

المبحث الثالث

السلم والسلم التمويلي

ونتناول هذا المبحث بشيء من التفصيل في مطلبين :

الأول : نتكلم فيه عن أهمية السلم بالنسبة للبنوك الإسلامية .

الثاني : نتكلم فيه عن تعريف السلم وخصائصه .

المطلب الأول

أهمية السلم بالنسبة للبنوك الإسلامية

من أهم صيغ التمويل التي تستخدمها البنوك الإسلامية صيغة السلم ، والسلم التمويلي ، وهي تستخدم في تمويل التجارة ، والزراعة ، والصناعة ، وقد لعب عقد السلم دورا هاما في تمويل النشاط الزراعي والإنتاج الحيواني في بعض البلاد الزراعية كالسودان .

والبنوك الإسلامية تقوم بالاستثمار المباشر ومنه البيع والشراء وقد طبقت هذه البنوك صيغة الشراء سلما بثمن تدفعه عند التعاقد في سلعة تسلم بعد أجل معين بقصد تمويل البائع سلما ونظرا لأن البنك لا يحتاج هذه السلعة لا مستخدما أو مستهلكا ، ولا يريد الاحتفاظ بها بل بقصد استثمار ما عنده من أموال في الشراء والبيع لتحقيق الربح فإنه يشتري سلما بثمن معين ثم يبيع وتحمل المخاطر ، فلو أن المتعامل اشترى السلعة من مالكها الأصلي أو منتجها ثم طلب من البنك أن يدفع عنه ثمن السلعة عاجلا ويسترد أكثر منه مقسطا أو آجلا دون أن يتملك البنك هذه السلعة وبقبضها ويتحمل ضمانها ومخاطرها ، لكان قرضا بفائدة وهو ربا محرم ، فالبنك وسيط تجاري يقوم بعملية تجارية وهي استثمار مباشر قد يكسب فيها وقد يخسر وهي تختلف عن وساطة البنوك الربوية المالية ، وهي إقراض بفائدة .

المبحث الثالث

السلم واسلم التمويلي

ونتناول هذا المبحث بشيء من التفصيل في مطلبين :

الأول : نتكلم فيه عن أهمية السلم بالنسبة للبنوك الإسلامية .

الثاني : نتكلم فيه عن تعريف السلم وخصائصه

المطلب الأول

أهمية السلم بالنسبة للبنوك الإسلامية

من أهم صيغ التمويل التي تستخدمها البنوك الإسلامية صيغة السلم ، والسلم التمويلي ، وهي تستخدم في تمويل التجارة ، والزراعة ، والصناعة ، وقد لعب عقد السلم دورا هاما في تمويل النشاط الزراعي والإنتاج الحيواني في بعض البلاد الزراعية كالسودان .

والبنوك الإسلامية تقوم بالاستثمار المباشر ومنه البيع والشراء وقد طبقت هذه البنوك صيغة الشراء سلما بثمن تدفعه عند التعاقد في سلعة تسلم بعد أجل معين بقصد تمويل البائع سلما ونظرا لأن البنك لا يحتاج هذه السلعة لا مستخدما أو مستهلكا ، ولا يريد الاحتفاظ بها بل بقصد استثمار ما عنده من أموال في الشراء والبيع لتحقيق الربح فإنه يشتري سلما بثمن معين ثم يبيع سلما بثمن أعلى من الثمن الذي اشترى به سلما بضاعة بنفس مواصفات البضاعة التي اشتراها سلما على أن يحدد أجل تسليم البضاعة التي باعها بعد أجل قبض البضاعة التي اشتراها ، أو يبيع البضاعة التي اشتراها سلما بيعا آجلا بعد قبض هذه البضاعة والسبب في ذلك أن البضاعة التي اشتراها سلما بضاعة موصوفة في ذمة البائع أي دينا ، والديون لا يجوز التعامل أو التصرف فيها قبل قبضها وخصوصا دين السلم الذي ورد فيه نهي خاص فقد نهى النبي ρ عن بيع دين السلم أو التصرف فيه قبل قبضه لأن دين السلم وهو في ذمة البائع سلما مضمون على البائع حتى يقبضه المشتري ،

وقد نهى النبي ρ عن بيع الشيء قبل قبضه ، وعن ربح ما لم يضمن ولذلك سلكت البنوك الإسلامية طريقا مشروعا ، وهو طريق السلم الموازي ، أو السلم التمويلي فالبنك لا يبيع البضاعة التي اشتراها سلما قبل قبضها ولكنه يبيع بضاعة بنفس مواصفات البضاعة التي اشتراها سلما ويحدد موعدا لتسليمها ، تاليا لموعد قبض البضاعة التي اشتراها أو يبيعها بعد قبضها بثمن آجل مع تحقيق هامش ربح والبنك يستحق الربح هنا بالملك وبالضمان فإذا باع البضاعة بعد قبضها فإنه يصير مالكا لبضاعة السلم وقابضا لها قبل بيعها ، وإذا باع سلما فإنه يلتزم في ذمته بالسلع المبيعة الموصوفة وهي دين ، والدين مضمون على المدين به ، ولن يسلم هذه السلعة إلا بعد قبض السلعة التي اشتراها سلما .

والبنك هنا يجمع بين الملك والإدارة فهو قد ملك البضاعة التي اشتراها سلما وقبضها قبل أن يبيعها وهو الذي اتخذ القرارات الاستثمارية بشأن واقعة الشراء والبيع فاستحق الربح بالملك والعمل .

المطلب الثاني

تعريف السلم وخصائصه

أولا : تعريف السلم :

عرف السلم بأنه : عقد بيع لشيء موصوف في الذمة ، معلوم القدر يتأخر تسليمه إلى أجل معلوم ، بثمن حال يدفع عند التعاقد .

ثانيا : خصائص السلم :

ومن هذا التعريف يظهر أن خصائص السلم هي :

1- السلم عقد ، أي اتفاق بين شخصين ، أحدهما مشتر ، ويسمى السلم أو رب السلم ، والآخر بائع ويسمى المسلم إليه ، ومحله بيع شيء موصوف في الذمة ويسمى المسلم فيه ، بثمن يدفع عند التعاقد ويسمى رأس المال المسلم ، وسوف نعبر عن السلم بعبارة المشتري سلما ، وعن المسلم إليه بعبارة البائع سلما ، وعن رأس المال السلم بعبارة ثمن السلم ، وعن المسلم فيه بعبارة المبيع سلما ، وذلك لتيسير العبارات .

2- السلم عقد بيع ولذا اشترط في صيغته ومحله وعاقديه ما يشترط في البيع بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها فيه باعتباره بيع سلم له طبيعة خاصة تميزه عن عقد البيع المطلق .

3- محل عقد السلم هو رأس مال السلم أي ثمن السلم ، والمسلم فيه أي المبيع سلما وقد اشترط الفقهاء في محل العقد شروطا نوجزها فيما يلي :

أ- تسليم رأس مال السلم أي ثمن السلم في مجلس العقد :

يرى جمهور الفقهاء الشافعية والحنابلة والحنفية وجوب تسليم رأس مال السلم في مجلس العقد وذلك حتى تتحقق حكمة تشريع السلم على خلاف القياس وهي حاجة

البائع سلما إلى التمويل إذ لولا هذه الحاجة لما عقد السلم ، ولأن تأخيره عن مجلس العقد يؤدي إلى بيع الدين بالدين الذي نهى عنه الشارع .

ويرى المالكية جواز تأخير قبض رأس مال السلم ثلاثة أيام بدون شـــرط ، ومنعـــوا الزيادة عليها ، واختلفوا في الزيادة عليها دون شرط على تفصيل عندهم .

ب- أن يكون المسلم فيه دينا في الذمة :

فلا يصح السلم في مال معين بالذات كهذه السيارة ، وتلك الدار إذ العين الموجودة إن كانت مملوكة للمسلم إليه فإنه يمكن تسليمها في الحال ، فلا حاجة إلى السلم ، وإن لم تكن مملوكة له ، لم يجز بيعها للنهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ، وتطبيقا لـــذلك منـــع جمهور الفقهاء السلم في ثمرة قرية معينة ، أو بستان بعينه ، أو سلعة من إنتاج مصنع معين لاحتمال عدم إنتاج البستان للثمر ، أو المصنع للسلعة فيمتنع التسليم وهو غرر لا حاجـــة إليه فيبطل السلم وقد أجاز المالكية السلم في ثمر قرية معينة أو بستان معين بشروط يرجع إليها في كتبهم .

ج- أن يكون المسلم فيه مؤجلا بأجل معلوم :

وهذا يعني أن تسليمه يجب أن يكون بعد مدة من التعاقد فلو عقد علـــى الحلـــول لم يكن سلما لأن الحكمة من تشريع السلم هي حاجة المسلم إليـــه إلى رأس مـــال الـــسلم ليستعين به على الإنتاج ولو كانت السلعة جاهزة عنده لما لجأ إلى عقد السلم ، وبهذا قال المالكية والحنفية والحنابلة ، وقد خالف الشافعية فقالوا بجواز السلم الحال أي الذي يسلم فيه المبيع سلما عند التعاقد أو بعده بقليل ، وقد اتفق الفقهاء على وجوب تحديد الأجل ، واختلفوا ي مقداره وحده الأعلى وحده الأدنى على أقوال يرجع إليها في كتبهم .

د- وجوب بيان صفات المسلم فيه :

لا خلاف بين الفقهاء في أن المسلم فيه يجب أن يكون مما يـــضبط بالـــصفات وأن يضبطه العاقدان بالصفات التي يختلف بها الثمن ظاهرا وهناك اتفاق بين الفقهاء علـــى أن الصفات الواجب بيانها في المسلم فيه لضبطه هي الصفات التي تؤثر في القيمـــة أو الـــثمن

ظاهرا ، ووضعوا لضبط هذه الصفات معايير بعضها محل اتفاق ، كالجنس والنوع وبعضها محل اختلاف كالجودة والرداءة واللون وبلد الإنتاج وغير ذلك من الصفات الضابطة التي تختلف باختلاف السلع .

هـ– أن يكون المسلم فيه معلوم القدر :

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العلم بقدر المسلم فيه ، وقد تحدث الفقهاء عن وسائل التقدير المختلفة واتفقوا على أن الغاية من التقدير هي معرفة قدر المسلم فيه وإمكان تسليمه دون نزاع ، وعلى ذلك فكل مقياس معروف من كيل ووزن وعد وذرع ومقاييس أطوال تعد وسائل تقدير مقبولة شرعا ، وذلك حسب العرف في كل سلعة .

و– القدرة على تسليم المسلم فيه (المبيع سلما) :

القدرة على تسليم المبيع سلما عند حلول أجل الوفاء به شرط في صحة السلم ، وتحقق هذه القدرة عند جمهور الفقهاء ، الشافعية الحنابلة والمالكية بوجود المسلم فيه عند محله ولو انقطع قبله أو كان معدوما عند التعاقد وخالف الحنفية فاشترطوا للقدرة على التسليم أن يكون المسلم فيه موجودا عند التعاقد وبعده إلى محله ، فإن انعدم بين العقد وحلول الأجل لم يصح والمقصود بالوجود وجود جنسه في الأسواق وليس الوجود في ملك البائع سلما فقد لا يكون المسلم إليه مالكا لأصل السلعة محل عقد السلم ، ولا متعاملا فيها في أي وقت مضى ثم يشتريها فمن السوق عند حلول الأجل .

ز– ألا يجمع بين البدلين إحدى علي الربا :

رأس مال السلم قد يكون نقدا وهو الغالب وقد يكون عرضا وقد يكون دينا ، وقد تعرض الفقهاء لهذه الصور وبينوا الحكم الشرعي لها على التفصيل الآتي :

1– رأس مال السلم نقدا :

إذا كان رأس مال السلم نقدا فقد مر أنه يشترط فيه ما يشترط في الثمن في عقد البيع ويزاد على ذلك وجوب قبضه في مجلس العقد أو بعده بقليل على التفصيل الذي سبق عند المالكية ، كما أنه يشترط كذلك ألا يكون المسلم فيه نقدا خروجا من الربا .

2- رأس مال المسلم عرضا :

إذا كان المال عروضا أو سلعا كأن يسلم إليه مدخلات أو معدات زراعية في قمح أو مستلزمات الإنتاج في سلعة مصنعة أو صغار الحيوانات في كبارها فالشرط ألا يجمع بين رأس مال اسلم والمسلم فيه إحدى علل الربا ، على الخلاف بين الفقهاء في تحديد هذه العلة ، قال ابن رشد في بداية المجتهد : ((يجب أن يكون الثمن والمثمن مما يجوز في النساء ، وامتناعه عن فيما يجوز فيه النساء وذلك إما باتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما باتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافي وأحمد علة النساء[1] .

3- رأس مال السلم دينا :

اتفق العلماء على عدم جواز جعل الدين رأس مال سلم ، سواء كان الدين على المسلم إليه ، كأن يسلم إليه عشرة دنانير في ذمته في إردب من القمح أو قنطار من القطن أو كان على طرف ثالثا وأحال المسلم المسلم إليه في أخذه منه كأن يسلم إليه في قنطار من القطن مائة دينار على طرف ثالث هو مدين المسلم أو المشتري سلما ففي الحالين لابد من قبض الدين من الدين أو المحال عليه ثم تسليمه في مجلس العقد وقد أجاز ابن القيم وشيخه ابن تيمية جعل الدين في ذمة المسلم إليه رأس مال سلم ، وعده من باب بيع الواجب بالساقط من الدين ولا يشمله بيع الدين بالدين ، فهذه الصفقة تخلف عنها وجوب دين جديد هو دين السلم في ذمة المسلم إليه وسقوط الدين الذي كان عليه .

---

(1) بداية المجتهد ص168 ، دار الكتاب الحديث .

ح- وجوب تحديد مكان التسليم :

الأصل أن يسلم المسلم فيه في مكان العقد فإذا رغب العاقدان في تحديد مكان آخر وجب عليهما تحديده في العقد ، وخصوصا إذا كان لحمله ونقله مؤنة أو تكاليف وقد ذكر بعض الفقهاء هذا على أنه شرط من شروط السلم وهذا غير دقيق لأن العبرة بمكان العقد ما لم يتفق العاقدان على مكان آخر .

ثالثا : أحكام عقد السلم :

إذا انعقد السلم صحيحا ترتبت عليه الآثار التالية :

1- نقل ملكية رأس المال إلى المسلم إليه وملكية المسلم فيه إلى المشتري : فالبائع سلما له أن يتصرف في الثمن أما المشتري فإنه وإن ملك المسلم فيه إلا أن لهذا الملك طبيعة خاصة لقيده في التصرف قبل قبضه ، فالملكية غير مستقرة ، فقد يفسخ عقد السلم لتعذر التسليم عند المحل ولذا فالجمهور الحنفية والشافعية والحنابلة يمنعون المشتري من التصرف في المسلم فيه تصرفا ناقلا للملك كالبيع لمن هو في ذمته أو غيره أو الاستبدال عنه، لأنه لا يؤمن من فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه وامتناع الاعتياض عنه ، أما المالكية فقد أجازوا بيع المسلم فيه قبل قبضه لغير المسلم إليه إذا لم يكن طعاما بالنقد وبغيره قبل الثمن أو ساوى أو زاد عن رأس مال السلم بشرط ألا يكون الثمن من صنف المسلم فيه كأن يكون المسلم فيه قمحا والثمن قمحا ، فإن كان من صفنه وجب التساوي بين الثمن والمسلم فيه كإردب قمح في إردب قمح لا أقل ولا أكثر أما بيع المسلم للمسلم إليه قبل قبضه فيجوز عندهم بمثل الثمن أو أقل لا أكثر .

2- تعذل المسلم فيه عند حول الأجل : ذهب جمهور المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة إلى تخيير رب السلم بين الصبر حتى يجد البائع المسلم فيه ،

وبين فسخ السلم واخذ رأس ماله دون زيادة إن وجده أو مثله أو قيمته إن لم يكن موجودا .

وذهب زفر وأشهب والشافعي في قول إلى انفساخ السلم ضرورة ويسترد رب السلم راس المال ، ولا يجوز التأخير ، وذهب سحنون إلى أنه ليس لرب السلم فسخ العقد وإنما له أن يصبر إلى العام المقبل .

3- الإقالة في السلم : يجوز عند جمهور الفقهاء الإقالة في السلم ، فيرد المسلم إليه الثمن إن كان باقيا أو مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا إذا لم يكن باقيا يقول ابن المنذر ((أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة)) والإقالة فسخ عند الشافعية والحنابلة وبيع عند الحنفية والمالكية وحكمها الجواز باتفاق إن كانت في جميع الصفقة أما إن كانت في بعضها كالنصف فيجوز عند الشافعية والحنفية وفي وجه عند الحنابلة ولا تجوز عند المالكية .

4- الاعتياض عن المسلم فيه إذا لم يوجد : منعه الحنفية وجوزه الشافعية وللحنابلة وجهان : والمالكية أجازوا الاستبدال بشروط .

5- توثيق دين السلم : بالكتابة والشهادة مطلوب شرعا ، مندوب إليه واختلف الفقهاء في مسألة توثيق دين السلم بالكفالة أو الرهن فذهب الحنابلة إلى عدم صحة ذلك وجوزه الشافعي ومالك ، والحنفية وابن حزم أجازوا الرهن دون الكفالة .

6- تقسيط المسلم فيه : أخذه على دفعات يجوز عند المالكية والشافعية في الأظهر ، لأن ما جاز إلى أجل يجوز إلى أجلين كالأثمان في بيوع الآجال ، وذهب الشافعي في قول ثان إلى أنه لا يصح لأن ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر ، فهناك غرر .

عقد ا لسلم الموازي :

عقد السلم الموازي أو التمويلي هو عقد سلم ، يكون البنك فيه مسلما إليه أي بائعا سلما ومحل هذا العقد أي المسلم فيه ، هو بضاعة موصوفة في الذمة يتعهد البنك بتسليمها في أجل معين ، ويقبض ثمنها من المسلم ، أي المشتري عند التعاقد ، ولكن من أين يـــأتي البنك بهذه البضاعة التي باعها سلما وقبض ثمنها في مجلس العقد ؟ هذه البضاعة كان قـــد سبق للبنك شراء بضاعة من جنسها سلما ، ودفع ثمنها في مجلس العقد وحـــدد للتـــسليم أجلا ، ومن هنا فإن البنك وهو يعقد السلم الموازي يحدد للتسليم فيه أجلا أبعد من أجل السلم الذي اشتراه حتى إذا قبض البضاعة التي اشتراها سلما سلمها للمشتري منه ســـلما ومن الواضع أن البضاعة التي يبيعها في السلم الموازي لابد أن تكون بمواصفات البـــضاعة التي اشتراها سلما لأنه لا يبيع نفس البضاعة كما ذكرنا من عدم جواز بيع دين الـــسلم قبل قبضه ، ولا الحوالة عليه ، وعادة ما يتعاقد البنك على السلم الموازي بعد عقد شرائه سلما بمدة قصيرة حتى يسترد ما دفعه في فترة وجيزة وبدلا من دخول البنك في عقد سلم تمويلي فإنه يمكنه الانتظار إلى حلول أجل السلم فيه الذي اشتراه وبيعه بثمن آجل أو على أقساط ويحقق بذلك ربحا .

المبحث الرابع

الاستصناع

وحديثنا عن عقد الاستصناع نتناوله في خمسة مطالب ، فنتحدث عن تعريف عقد الاستصناع وخصائصه ثم نتحدث عن الصفة الشرعية للاستصناع وشروطه وحكمه أو مجالات عقد الاستصناع في الماضي والحاضر ثم ننتهي بالحديث عن الاستصناع التمويلي :

المطلب الأول

تعريف عقد الاستصناع وخصائصه

أولا : تعريف عقد الاستصناع :

عقد الاستصناع هو عقد بين بائع يسمى الصانع ومشتر يسمى المستصنع على بيع سلعة موصوفة في الذمة يصنعها البائع بمادة من عنده في مقابل ثمن حال أو مؤجل أو على أقساط .

ثانيا : خصائص عقد الاستصناع :

1- أنه عقد أي اتفاق بين بائع هو الصانع ومشتر هو المستصنع أي طالب الصنع وليس مجرد وعد كما قال البعض ، فيشترط في صحته شروط عقد البيع المطلق .

2- أن المبيع ليس شيئا معينا بالذات موجودا في مالك البائع عند التعاقد بل هو شيء معدوم يتعهد البائع بصنعه وإيجاده في المستقبل أو بعبارة الفقهاء دين في ذمة البائع .

3- أن البيع أي الشيء المطلوب صناعته يجب أن يضبط بالصفات التي يتحقق بها العلم بالمبيع وترفع بها الجهالة والغرر حتى يتيسر التسليم كالشأن في الدين في الذمم .

4- إن مادة الشيء المصنوع على الصانع البائع فإن لم تكن عنده لزمه شـــراؤها فإن اتفق العاقدان على أنها من عند المشتري كان إجارة لا استصناعا .

5- إن العمل على الصانع البائع فإن لم يقم بصنعه ، لزمه تكاليف غيره بـــصنعه بأجره من عنده أو شراؤه مصنوعا من السوق لأن المبيع موصوف في الذمـــة وليس ما يصنعه الصانع بنفسه فمقتضى العقد تسليم مصنوع بنفس صـــفات الشيء الذي باعه وتعهد بصنعه وله أن يصنعه بنفسه أو بغـــيره أو يـــشتريه مصنوعا على الصفة وهذا هو الراجح عند الحنفية خلافا لمن شرط أن يصنعه بنفسه وإلا كان سلما تطبق عليه شروطه .

6- إن ثمن المبيع أي السلعة المصنعة يجب أن تتوافر فيه شروط الثمن في عقد البيع المطلق ويأخذ حكمه ، ولا يشترط تسليمه في مجلس العقد ، ويجوز الاتفـــاق على دفعه عند التعاقد أو بعده أو على أقساط محددة .

7- أن العقد بيع لعين مع شرط العمل وليس إجارة كما يرى البعض مرجحـــا جانب العمل على جانب المواد التي صنع منها الشيء المصنوع .

المطلب الثاني

الصفة الشرعية للاستصناع وشروطه

أولا: الصفة الشرعية للاستصناع :

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الصفة الشرعية لعقد الاستصناع نظرا لطبيعته الخاصة وأخذه شبها من عدة عقود فهو يشبه السلم في أنه بيع شيء موصوف في الذمة غير موجود عند التعاقد ويخالفه في عدم اشتراط تسليم الثمن في مجلس العقد ، وعدم اشتراط الأجل لتسليم المصنوع وعدم اشتراط عموم الوجود في الأسواق وعدم اشتراط ألا يكون من معين ، والاستصناع يشبه الإجارة في اشتراط عمل الصانع في المبيع الموصوف في الذمة ويختلف عنها في مادة الشيء المصنوع من عند الصانع .

والصحيح عند الحنفية أن الاستصناع عقد بيع للعين المتفق على صنعها وليس إجارة على العمل وعلى ذلك إذا جاء الصانع بالعين المتفق على صنعها على الصفة كان موفيا بالتزامه ولو كانت من صنع غيره أو وجدها في السوق على الصفة المتفق عليها .

ثانيا : شروط الاستصناع :

للاستصناع شروط باعتباره عقد بيع مطلق ، ومنها العلم بالمصنوع جنسا ونوعا وقدرا وصفة ضابطة حتى يمكن تسليمه دون نزاع وقد عرفنا أنه بيع سلعة مصنعة موصوفة في الذمة فهو إذن دين في ذمة الصانع فوجب تحديد بالصفات الضابطة للديون التي ثبتت في الذمة كالسلم وهناك شرطان اختص بهما عقد الاستصناع عند الحنفية .

أولهما : أن يكون مما جرى به التعامل بين الناس واعتادوه و لم يقع بسببه خلاف ونزاع كثير بينهم لأن هذا دليل جوازه وإلا فالقياس البطلان لأنه بيع مذموم .

ثانيهما : ألا يشترط فيه الأجل فإن حدد فيه أجل لتسليم المصنوع كان سلما عند أبي حنيفة تطبق عليه أحكام وتلزم له شروطه لأن تحديد الأجل يقطع بأن إرادة العاقدين قد انصرفت إلى عقد السلم ، إذ العبرة في العقود عنده بالمعاني لا بالألفاظ والمباني ، وعلى

ذلك يجب تسليم الثمن في مجلس العقد وتحدد أجل معلوم لتـــسليم المـــصنوع وخـــالف الصاحبان أبا حنيفة في هذا الشرط وفي أن العقد استصناع وإن حدد العاقدان فيه أجلا ، إذ العدة جرت بذلك وهي ممثلة في نية العاقدين .

المطلب الثالث

حكم الاستصناع

أولا : عقد الاستصناع بين عقد السلم والاستقلال :

يجوز الاستصناع سلما عند المالكية والحنابلة والشافعية ، وتترتب عليه آثاره إذا توافرت فيه شروطه وأهمها تسليم رأس المال في المجلس وتعيين أجل تسليم العين المصنوعة عند الجمهور خلافا للشافعية الذين يقولون بجواز السلم الحال .

والاستصناع يجوز استحسانا على خلاف القياس عند الحنفية لشيوع التعامل به من غير نكير فصار إجماعا يترك به القياس ، وهو عقد مستقل بتعريفه وآثاره وإن كان له شبه بالبيع المطلق والسلم والإجارة فهو من العقود المسماة .

ثانيا : عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه :

مع أن الاستصناع عقد بيع لسلعة موصوفة في الذمة مع اشتراط مادة السلعة والعمل فيها على الصانع إلا أنه قد حدث خلاف بين الحنفية في لزوم هذا العقد وعدم لزومه ، فقالوا : هو عقد لازم قبل الصنع وبعده ، فلكل من العاقدين حق الرجوع ما لم ير المستصنع الشيء المصنوع فإن رآه لزم الصانع لأنه رضي جعله للصانع وقبل الرؤية كان يمكنه بيعه لغيره ويبقى الخيار للمستصنع في قبوله أو عدم قبوله وإن جاء على الصفة لأنه اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رأى وهذا مذهب أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف : العقد لازم للمستصنع إذا جاء به الصانع على الصفة المتفق عليها وذلك لدفع الضرر عن الصانع الذي اشترى المواد واستهلكها في الصناعة وبذلك الجهد فإذا ثبت الخيار للمستصنع لحق بالصانع الضرر بتغرير المستصنع وربما لا يجد مشتريا آخر ورأى أبي يوسف هو الذي يحقق المصلحة ويلبي حاجة العصر ويتفق مع أصل القوة الملزمة للعقود .

المطلب الرابع

مجالات عقد الاستصناع في الماضي والحاضر

لقد كان عقد الاستصناع في الماضي يلبي حاجات شخصية محدودة كصناعة خف أو حياكة ثوب أو باب أو آنية أو غيرها من السلع التي لا توجد جاهزة في السوق نظرا للمواصفات الخاصة لطالبها فكان المستصنع يطلب من الصانع أن يصنع له السلعة المطلوبة وفقا للمواصفات التي يحددها في مقابل ثمن معين يدفع عند التعاقد أو بعد الفراغ من المصنوع ، وبعد التطور المفضل في مجال الصناعة يمكن للبنوك الإسلامية أن تمول بصيغة الاستصناع في المجالات الآتية :

1- الصناعات الثقيلة كصناعة السفن والطائرات والمصانع والمعدات والشاحنات والقطارات .

2- تشييد المدن وبناء المخازن ، والأبراج والجسور ، والصناعات الاستخراجية والتحويلية .

3- صناعة التعليب ، وحفظ الطعام ، والفواكه والأسماك ، والصناعات الغذائية .

4- تمويل مشروعات الإسكان وذلك ببناء المساكن على أرض المستصنع أو أرض الصانع حيث إن المباني تعد مستقلة وتأخذ حكم المنقول ، وكذلك المباني الجاهزة .

المطلب الخامس

الاستصناع التمويلي

ذكرنا أن الاستصناع عند الحنفية عقد يطلب فيه أحد العاقدين من العاقد الآخر (الصانع) إن سلمه مصنعة موصوفة في الذمة بعد تصنيعها على أن تكون مواد الصناعة والعمل من عند الصانع ويحدد العاقدان أوصاف هذه السلعة ، في مقابل ثمن معين حالا أو بعد أجل معين ، وأما الاستصناع التمويلي ،فيه مركب من عقدي استصناع .

أولهما : عقد بين البنك والمتعامل يكون البنك فيه بائعا صانعا ، والمتعامل مشتريا مستصنعا ، وعادة يكون الثمن مؤجلا ويترتب على هذا العقد ثبوت التزام في ذمة البنك تجاه المتعامل بتسليم العين المصنعة .

والعقد الآخر بين البنك باعتباره مشتريا مستصنعا ومقاول يعتبر بائعا صانعا يتعهد فيه المقاول بتسليم نفس الشيء المصنوع الذي التزم به البنك في مواجهة المتعامل طبقا للمواصفات والشروط والمواعيد المذكورة في عقد البنك مع المتعامل ، والثمن في هذا العقد الأخير يكون أقل من الثمن في عقد الاستصناع الذي عقده البنك مع المتعامل معه ويدفعه البنك حالا أي خلال مدة التصنيع ، فيكون قد مول المتعامل معه فهو من قبيل تمويل البائع الصانع للمشتري (المستصنع) إذ أنه أخذ منه الثمن مؤجلا ودفعه البائع الصانع أي المقاول من البائع عاجلا وسبب استحقاق الربح هنا هو الضمان الذي تعهد به البنك في العقد الأول فإن المبيع كان دينا في ذمته وهو ضامن له .

المبحث الخامس

عقد الإجارة

والكلام عن عقد الإجارة يقتضي منا الحديث عن تعريف عقد الإجارة وخصائصه ، وعن شروط محل عقد الإجارة وعن حكم عقد الإجارة وعن مجالات التمويل بصيغة الإجارة وصورها وذلك في مطالب أربعة :

المطلب الأول

تعريف عقد الإجارة وخصائصه

عرف عقد الإجارة بأنه عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل بعوض معلوم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن خصائص عقد الإجارة هي :

1- أن الإجارة عقد معاوضة كالبيع ، فالبيع لتمليك الأعيان ، والإجارة لتمليك المنافع أو التمليك فيهما بعوض ولذا يشترط في عقد الإجارة ما يشترط في عقد البيع من شروط خاصة بالصيغة والعاقدين والأجرة والعين التي تستوفي منها المنفعة .

2- أن الإجارة نوعان : إجارة واردة على منافع الأعيان كسكني هذه الدار وزراعة هذه الأرض وإجارة واردة على عمل الإنسان كخياطة هذا الثوب وإصلاح هذه السيارة .

3- أن محل عقد الإجارة هو المنافع وليست الأعيان التي تستوفي منها هذه المنافع وهذه الأعيان إما أن تكون معلومة بالتعيين كهذه الدار أو معلومة بالوصف في الذمة كركوب سيارة أو النقل على طائرة موصوفة في الذمة .

4- أن المنفعة في عقد الإجارة يجب أن تكون مباحة وأن تكـــون معلومـــة وأن تكون لمدة معلومة كما يجب عوض المنفعة معلوما كذلك ، وهذه الـــشروط وهناك غيرها شروط في محل عقد المعاوضة .

المطلب الثاني

شروط محل عقد الإجارة

محل عقد الإجارة هو المنفعة والأجرة ولكل منهما شروط نوجزها فيما يلي :

أولا : شروط الأجرة :

الأجرة هي عوض منفعة الأعيان أو منفعة عمل الإنسان ، وهي قد تكون نقـــدا او عرضا أو منفعة عين أخرى ويرى الحنفية أن الأجرة إذا كانت منفعة فإنه يجب اخـــتلاف المنفعتين في الجنس كاستئجار زراعة الأرض بسكنى الدار بخلاف استئجار سكنى الدار في سكنى دار أخرى ، ذلك أن المنافع عندهم معدومة عند التعاقد فالبدلان معدومان فيدخل ذلك في بيع الدين وهو منهي عنه أما الجمهور فلا يشترطون ذلك لعدم جريان الربـــا في منافع الأعيان ، وعلى ذلك فإنه يجوز أن تؤجر المعـــدات والآلات الزراعيـــة في مقابـــل محاصيل زراعية وتؤجر مستلزمات الصناعة من أجهزة ومعدات ووسائل نقل في مقابـــل أجرة عين هو إنتاج هذه المصانع أو تلك المزارع .

وقد وضع الفقهاء قاعدة مفادها أن كل ما يصلح ثمنا في البيع يصلح أجرة في الإجارة ، وما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح أجرة في الإجارة عدا المنفعة فإنها تصلح أجـــرة ولا تصلح ثمنا .

فشروط صحة الأجرة في الإجارة هي شروط صحة الثمن في البيع .

ثانيا : شروط المنفعة :

المنفعة هي المقصودة من الإجارة ، وهي نوعان : منفعة الأعيـــان ، ومنفعـــة عمـــل الإنسان ، والذي يعنينا هنا هو منافع الأعيان ، والمنفعة أي الانتفاع بالعين ليست موجودة عند التعاقد فهي معدومة توجد شيئا فشيئا وهي لذلك تختلف عن السلعة محل عقد البيـــع التي يمكن أن تكون موجودة عند التعاقد ، وهذا يظهر في أحكام الأجرة والمنفعة تـــستوفي

من عين يجب تسليمها إلى المستأجر ليستوفي منها المنفعة ، وهناك شروط للعين المـــؤجرة وشرط لمنفعة العين نوجزها فيما يلي :

أ– شروط العين المؤجرة :

شروط العين المؤجرة هي شروط العين المبيعة في عقد البيع وهي كالتالي :

1- القدرة على تسليم العين المؤجرة للمستأجر ليستوفى منها المنفعة .

2- أن تبقى العين المؤجرة بعد استيفاء المنفعة منها فإن ترتب علـــى اســـتعمالها هلاكها أو هلاك جزء منها لم تصح الإجارة ، وكذلك لا يصح اســـتئجار عين لاستيفاء عين منها كاستئجار حيوان ليؤخذ لبنه أو صوفه ، لأن مـــورد عقد الإجارة النفع لا العين فإذا كان المقصود هو العين كاللبن أو الصوف لم تصح لأنها لا تملك بعقد الاستئجار .

3- اشتمال العين المؤجرة على المنفعة فلا تصح إجارة أرض للزراعة لا تنبت أو مصنع لا ينتج أو آلة لا تعمل لفوات مقصود العقد .

4- أن تكون العين معلومة علما يرفع الجهالة والغرر ، وقد فصل الفقهاء طـــرق العلم بالعين المستأجرة .

ب– شروط المنفعة :

1- أن تكون مباحة ولها قيمة مالية فالمنافع المحرمة لا تصح أن تكون محلا لعقد الإجـــارة ولا يجوز أخذ العوض عنها لأن ما لا قيمة له من المنافع لا يصح أخذ العوض عنه .

أن تكون المنفعة مملوكة للمستأجر أو له سلطة في التصرف فيها كالولي والوكيل .

المطلب الثالث

حكم عقد الإجارة

أولا: اللزوم :

الإجارة عقد لازم لا يجوز لأحد عاقديه أن يستقل بفسخه إلا لسبب شرعي وهـذه الأسباب هي :

1- ظهور عيب بالعين المؤجرة تنقص به الأجرة عادة لم يطلع عليه المستأجر عند التعاقد ، أو حدوث هذا العيب أثناء مدة الإجارة ، وإنما جاز الفسخ بالعيب الحادث ، لأن المنفعة تحدث شيئا فشيئا فكأن العيب الحادث قد وجد قبل قبض باقي منفعة العين فأثر في فسخ الإجارة في الباقي من المدة .

2- هلاك العين المؤجرة لذهاب محل استيفاء المنفعة .

3- يرى الحنفية أن عقد الإجارة يفسخ بموت المستأجر أو حدوث عذر له يمنعه من استيفاء المنفعة لأن بقاء عقد الإجارة في هذه الأحوال يسبب له ضررا لا يقتضيه العقد وقد مثلوا له بمن استأجر ناقلة لحمل بضاعة فاحترقت ، أو لقلع ضرب لوجع فيه فسكن الوجع .

وخالف الجمهور الحنفية في ذلك وقالوا : بأن الإجارة لا تنفسخ بموت المستأجر ويخلفه ورثته في حقوق العقد والتزاماته ولا بالأعذار التي تحدث له .

ثانيا : دخول المنافع في ملك المستأجر :

إذا عقدت الإجارة صحيحة ترتب عليها آثارها ، ومن هذه الآثار ملكية المؤجر للأجرة وملكية المستأجر للمنفعة فالعقد سبب تملك المستأجر للمنفعة ، وهي تملك من وقت العقد وتخرج من ملك المؤجر فلا يجوز تصرفه بها لغير المستأجر ويترتب على ذلك أن لمستأجر العين أن يؤجرها لغيره بمثل أو أقل أو أكثر من الأجرة لأنه ملك المنفعة فجاز

له التصرف فيها ولكن المستأجر الجديد يلتزم بأوجه الاستعمال المحددة للمستأجر الأول فيجوز الاستخدام المماثل أو الأقل ضررا على العين دون ما زيادة .

ثالثا : وجوب الأجرة :

اتفق الفقهاء على أن العقد سبب وجوب الأجرة أي ثبوتها في ذمة المستأجر ثم اختلفوا في وقت وجوب الأداء ، أي وقت استحقاق المطالبة بالأجرة ، فيرى الحنفية والمالكية أن الأجرة تستحق ويلزم المستأجر أداؤها عند إطلاق العقد باستيفائه للمنفعة أو تمكنه من استيفائها لتسليم العين المؤجرة له .

ويجوز عندهم للمستأجر أن يعجل بالأجرة باختياره ، كما يلزم تعجيلها بالشروط أو بالعرف ويجب التعجيل إذا كانت المنفعة خروجا من بيع الدين بالدين ، لأن الإجارة بيع فإذا تأخر دفع الأجرة كانت دينا في مقابل المنفعة الموصوفة في الذمة وهي دين كذلك .

ويرى الشافعية والحنابلة ، أن الأجرة يجب أداؤها ويستحق المؤجر المطالبة بها من وقت العقد إذا سلمت له العين المؤجرة ، فوقت وجوب الأجرة أي ثبوتها في الذمة عندهم هو وقت وجوب أدائها واستحقاق المطالبة بها ويجوز عندهم تأجيل الأجرة بالشرط إذا عقدت الإجارة بلفظ السلم فيجب التعجيل في مجلس العقد .

رابعا : تصرف المؤجر في العين المؤجرة :

يرى جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أن تصرف المؤجر في العين المؤجرة تصرفا ناقلا للملك كالبيع والهبة والوقوف والوصية أو نقلا للحيازة كالرهن أو المنفعة كالإجارة للمستأجر أو لغيره أمر صحيح نافذ في حق المؤجر والمتصرف إليه ، موقوف على إجازة المستأجر إذ لم يعلم به فإن أجاز نفذ فيحقه ، وإلا كان للمتصرف إليه حق الفسخ ، فإذا لم يفسخ حتى انتهى مدة الإجارة لزمه التصرف .

وقد علل الجمهور صحة تصرف المؤجر في العين المؤجرة بأن عناصر الملك الثلاثة الرقبة ، واليد أي الحيازة ، والمنفعة مملوكة للمؤجر فجاز له التصرف فيها تصرفا لا يضر

بالمستأجر لأن هذا التصرف غير نافذ في حق المستأجر مدة إجازته فله أن يجيزه ويسلم العين للمتصرف إليه وله أن يرده فلا ينفذ في حقه .

ولا ضرر على المتصرف إليه لأنه إذا علم بالإجارة فقد رضي بخروج منفعة العين مدة الإجارة من التصرف وإن لم يعلم فله حق فسخ التصرف ، أو الانتظار حتى تنتهي مدة الإجارة فيأخذ العين .

خامسا : أعمال الصيانة : تعريفها والمسؤول عنها :

تعريف أعمال الصيانة :

هي الأعمال التي تبقى العين المؤجرة على الحالة التي كانت عليها وقت تسليمها للمستأجر وتجعلها دائما صالحة لأوجه الاستعمال التي قصدت منها في عقد الإجارة وهذه تشمل أعمال الإصلاح لما يتلف أو يهلك من العين المؤجرة بحادث طارئ لابد للمستأجر فيه ، أو نتيجة الاستخدام العادي للعين المؤجرة كما يشمل أعمال الصيانة الدورية المعتادة واستبدال بعض الأجزاء التي تهلك بالاستعمال ويعبر الفقهاء عن أعمال الصيانة تارة بعمارة العين المؤجرة ، وتارة بإصلاحها .

المسؤول عن أعمال الصيانة :

المؤجر مسؤول عن أعمال الصيانة بكل أنواعها ذلك أن المؤجر ملك المستأجر المنفعة وبقيت له ملكية الرقبة وهو بحكم الملكية يستحق غنم العين المؤجرة ، أي أجرتها ويتحمل بالغرم ، أي مصاريف الصيانة ، والمالك يستحق الأجرة مقابل استعمال العين ، فتكاليف إبقائها صالحة لهذا الاستعمال واجبة عليه وهو عادة يدخلها في اعتباره عند تحديد الأجرة.

وإذا لم يقم المؤجر بأعمال الصيانة الواجبة عليه بعد طلب المستأجر جاز للمستأجر فسخ العقد وترك العين وليس له إجبار المؤجر على هذه الأعمال ولا أن يقوم بها على حسابه دون اتفاق ، لأن المالك لا يجبر على إصلاح ملكه وبهذا قال جمهور الفقهاء .

مسئولية المستأجر على المحافظة على العين المستأجرة :

المستأجر مسؤول عن المحافظة على العين المستأجرة واستعمالها الاستعمال المعتــاد في مثل ما أجرت له دون زيادة فإن قصر في الحفظ أو خالف أوجه الاستعمال المتفق عليهـــا في العقد أو التي يقضي بها العرف ، أو تجاوز مدة الإجارة فإنه يــضمن تلــف العــين أو هلاكها أو أي نقص يصيبها بهذا الاستعمال .

المطلب الرابع

مجالات التمويل بصيغة الإجارة وصورها

أولا : مجالات التمويل بصيغة الإجارة :

تقوم البنوك الإسلامية باستثمار ما لديها من أموال وتمويل المتعاملين معها عن طريق عقد الإجارة فقد تقدم أن الإجارة تعني تمليك المنافع بعوض وأنها تنقل ملكية المنفعة من المؤجر إلى المستأجر ، وان للمستأجر بمقتضى هذا الملك حق التصرف في هذه المنفعة وتمليكها لمستأجر آخر في مقابل أجرة معلومة تزيد عن الأجرة التي دفعها ، وأنه يستحق الربح في مقابل ضمان المنفعة ، فقد تفوت عليه وقد تنخفض قيمتها بحوالة الأسواق كالبيع سواء بسواء إذ البيع تمليك الأعيان بعوض ، والإجارة تمليك المنافع بعوض ، فيحل الربح في بيع المنافع ، كما يحل في بيع الأعيان مقابل ضمان الهلاك والتلف وانخفاض الأسعار.

ثانيا : صور التمويل بصيغة الإجارة :

الصورة الأولى :

وفيما يقوم البنك بشراء أصل ثابت كالسفن والطائرات والمعدات لا يقصد استعماله واستيفاء منافعه بنفسه ، بل بقصد تمليك هذه المنافع للمتعامل معه بطريق عقد الإجارة بأجرة مؤجلة أو تدفع على أقساط محققا بذلك ربحا من بيع منافع الأصل ، كما يحقق البائع ربحا من بيع الأعيان .

وقد يكون شراء البنك للأصل الثابت بناء على وعد من المتعامل باستئجار هذا الأصل بعد شراء البنك فتكون إجارة للواعد بالاستئجار بعد الشراء .

والبنك يستحق الربح هنا مقابل الضمان ، كالبيع سواء بسواء إذ الإجارة بيع منافع الأعيان .

الصورة الثانية :

وفيها يقوم البنك باستئجار الأصل لا بقصد استعماله واستيفاء منافعه بنفسه بل بقصد إعادة بيع هذه المنافع بطريق الإجارة بأجرة مؤجلة تزيد عن الأجرة التي دفعها ويتصور هنا أيضا أن يكون استئجار البنك للأصل بناء على وعد من المتعامل باستئجاره بعد استئجار البنك للأصل وتملكه لمنافعه ، فتكون إجارة للواعد بالاستئجار بعد قيام البنك بالاستئجار .

والبنك يستحق الربح مقابل الضمان ، ذلك أن البنك يملك المنفعة بعد الإجارة فإذا تلفت أو فاتت أو نقصت قيمتها فمن ضمانه وعلى مسؤوليته كضمان الأعيان .

الصورة الثالثة :

يقوم البنك بشراء الأصول الثابتة ، ولكن بدلا من إعادة بيعها بثمن آجل أو بثمن يدفع على أقساط مع هامش ربح ، أو بيع منافعها بطريق الإجارة والاحتفاظ بأعيانها ، فإنه يتصرف فيها بصيغة تجمع بين البيع والإجارة ، وهذه الصيغة تسمى الإجارة المنتهية بالتمليك ، أو التمليك عن طريق الإجارة أو الإجارة والاقتناء .

ومضمون هذه الصيغة اتفاق البنك والمتعامل على تمليك المتعامل للأصل بثمن يدفع على أقساط لمدد طويلة عادة ، فيفرغان هذا الاتفاق في صيغة عقد إجارة لمدة محدودة تكون الأقساط فيها هي الأجرة ، ويعد البنك المتعامل بالتنازل عن ملكية الأصل بثمن رمزي أو عن طريق الهبة بعد قيام العميل بدفع جميع أقساط الأجرة في مواعيدها ويكون البيع والهبة بعد نهاية عقد الإجارة وبهذا يحتفظ البنك بملكية الأصل كضمان لقيام المتعامل بدفع الأقساط في مواعيدها ويحصل على الربح المطلوب بإضافته إلى رأس المال وتوزيعه على عد الأقساط في مدة الإجارة .

المبحث السادس

المشاركة

المشاركة التي نقصدها في هذه الورقة هي المشاركة التي تطبيقها البنـــوك الإســـلامية وهي شركة العنان ، وقد تكون هذه المشاركة مستديمة ، وقد تنتهي بتمليـــك المتعامـــل شريك البنك حصة البنك فتسمى مشاركة متناقصة أو منتهية بالتمليك ، وسوف نعرض تعريف هذه المشاركة وحكمها باعتبارها صورة من صور الاستثمار المباشـــر ، وصـــورة الشركة المنتهية بالتمليك وشروطها باعتبارها صيغة من صيغ التمويل .

المطلب الأول

تعريف الشركة وأنواعها

الشركة نوعان ، شركة ملك وشركة عقد :

فشركة الملك :

هي ملكية اثنين أو أكثر لمال واحد على الشيوع ، وهذه تكون شركة ملك إجبارية كالورثة يشتركون في أعيان التركة وديونها بعد موت المورث وتكــون شــركة ملــك اختيارية كأن يشتري اثنان أو أكثر مالا على الشيوع ، كالدار والمزرعة وهذه الشركة لا يقصد بها التجارة أو تحصيل الربح بل إنها وضع مؤقت يزول عادة بالقسمة ولذا فإن نمــاء هذا الملك المشترك وتلفه وخسارته يوزع بين الشركاء على الشيوع بنسبة حصصهم فيه .

أما شركة العقد :

فهي على ثلاثة أقسام : شركة أموال ، وشركة أعمال ، وشركة وجوه :

فشركة الأموال: اشتراك شخصين أو أكثر في رأس مال بقصد استثماره والاتجار فيه معا وتوزيع الربح بينهم بنسبة مساهماتهم في رأس المال ما لم يتفقوا على التفاوت في الربح مع تساوي المساهمات ، على رأي الحنفية والحنابلة ، وأما الخسارة فتوزع عليهم بنــسبة هذه المساهمات .

ثم شركة الأموال نوعان : شركة مفاوضة ، وشركة عنان .

فالمفاوضة تقوم على أساس التساوي بين الشريكين في المال والتصرف والدين وهــي نادرة الوقوع في العمل ولذلك نصرف النظر عنها ونذكر بقية أنواع الشركات بإيجاز .

المطلب الثاني

شركة العنان

أولا : تعريف شركة العنان :

وهي عقد يقتضي اشتراك اثنين أو أكثر في رأس مال يقدم كل واحد من الشركاء حصة معينة فيه ويقومون معا باستثماره والاتجار فيه ويقتسمون أرباحه بنسبة مساهماتهم في رأس المال ، على رأي الجمهور أو حسب الاتفاق على رأي الحنفية والحنابلة أما الخسارة فتوزع بينهم بنسبة هذه المساهمات باتفاق الفقهاء .

ثانيا : شروط شركة العنان :

أ- شروط رأس المال :

لرأس المال في شركة العنان شروط هي : تحديد مساهمة كل شريك في رأس مال الشركة ، وأن تكون هذه المساهمة مالا حاضرا ، فإن كان دينا أو مالا غائبا جازت الشركة بعد إحضار المال الغائب وتحصيل الدين وللفقهاء خلاف في الشركة بالعروض نذكر تفصيله في المضاربة ، فقد أجاز البعض المضاربة بالعروض على أن تباع ويجعل ثمنها حصة في رأس المال أو تقوم وتجعل قيمتها حصة في رأس المال .

ب- شروط الربح :

يجب أن يكون ربح كل شريك نسبة من صافي الربح لا مبلغا مقطوعا ولا نسبة من رأس المال ويجوز أن تكون هذه النسبة مساوية لنسبة الشريك في رأس المال أو مختلفة عنها على رأي بعض الفقهاء .

ثالثا : إدارة الشركة :

إدارة شركة العنان من حق جميع الشركاء فكل شريك وكيل عن بقية الشركاء في الإدارة واتخاذ القرارات الاستثمارية وقرارات كل شريك تلزم بقية الشركاء وتفيدهم في

نفس الوقت باعتبار الوكالة ولكل شريك أن يحتفظ برأس مال الشركة ، ما لم يتفق الشركاء على توزيع الاختصاص بينهم ويد الشريك على مال الشركة يد أمانة كالمضارب فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير أو الخروج على نظام الشركة .

رابعا : توزيع الأرباح والخسائر :

توزيع أرباح الشركة حسب اتفاق الشركاء في عقد الشركة وذلك عند الحنفية والحنابلة أو بنسبة مساهمات الشركاء في رأس المال ، على رأي جمهور الفقهاء ، ويبطل عندهم كل شيء على خلاف ذلك .

أما الخسائر فإنها توزع بنسبة حصة كل شريك في رأس مال الشركة باتفاق الفقهاء ويبطل كل شرط على خلاف ذلك .

خامسا : انتهاء الشركة :

الشركة من العقود الجائزة ، أي غير اللازمة ، فيجوز لكل شريك فسخ عقد الشركة مع إخطار بقية الشركاء بهذا الفسخ بشروط ألا يكون الفسخ في ظروف يتضرر فيها بقية الشركاء ، ويجوز اتفاق الشركاء على تحديد مدة للشركة يلتزمون بالبقاء فيها في الشركة كما يجوز لهم الاتفاق على إنهاء الشركة قبل المدة المحددة في عقد الشركة .

المطلب الثالث

المشاركة المتناقصة والمنتهية بالتمليك

أولا : تعريفها :

المشاركة المتناقصة هي شركة عنان استخدمتها البنوك الإسلامية كصيغة من صيغ الاستثمار ومقتضى هذه الصيغة أن البنك يدخل شركا في شركة عنان بحصته مع عمليه ، وغالبا ما تكون حصة البنك أكبر من حصة العميل ولا يريد البنك أن يستمر في هذه الشركة لأن قصده استثمار أمواله وأموال المودعين وسرعة تدويرها وقد لا يكون لديه الجهاز الكافي للمشاركة في إدارة ومراقبة هذه المشاركات التي قد تصل إلى آلاف ، ولذلك يتفق البنك مع المتعامل على منح المتعامل حق تمليك حصة البنك إما دفعة واحدة أو على دفعات مع دفع قيمتها السوقية وقت التمليك ، ويتضمن عقد المشاركة وعدا من البنك بذلك وقد اقترح العلماء المعاصرون عدة صور تمكن المتعامل من تملك حصة البنك بطريق مشروع .

الأولى :

أن يبيع البنك حصته في المشاركة للمتعامل بعد عقد المشاركة بمعنى أن يكون لكل من البنك والمتعامل كامل الحرية في إتمام البيع أو عدم إتمامه ، فللبنك أن يبيع للمتعامل أو لغيره أو ألا يبيع مطلقا وللمتعامل كذلك أن يشتري من البنك أو ألا يشتري ، ويتم البيع بسعر السوق الذي يتفقان عليه وللبنك قبل بيع حصته لشريكه كافة حقوق الشريك وعليه كافة مسؤولياته ويشارك في الإدارة والربح والخسارة .

الثانية :

الاتفاق بين البنك والمتعامل على مشاركة البنك مع المتعامل في تمويل مشروع يدر دخلا متوقعا على أن يحصل البنك على نسبة شائعة من عائد هذا المشروع مقابل حصته

في المشاركة وباقي الدخل كله أو بعضه لسداد ما قدمه البنك من تمويل دون زيادة ، وقبل ذلك يكون البنك شريكا عاديا يتمتع بكافة حقوق الشريك .

الثالثة :

أن تتم المشاركة بين البنك والمتعامل على أساس تقسيم رأس المال كله إلى حصص أو أسهم ويكون للبنك منها بمقدار مساهمته ثم يقوم المتعامل بشراء بعض هذه الأسهم تباعا من البنك بسعر السوق حتى تكتمل له ملكية المشروع بشراء أسهم البنك كلها وخروجه من المشاركة .

ثانيا : شروطها :

يجب أن تكون مشاركة البنك في المشروع حقيقة تثبت فيها ملكية البنك شرعا بمقدار مساهمته وإن لم يتخذ إجراءات التسجيل والشهر قانونا وأن تترتب على هذه الملكية آثارها من الاشتراك في الإدارة وفي اقتسام الربح والمساهمة في الخسارة ، وليست مشاركة صورية تخفي وراءها قرضا بفائدة .

الفصل الثاني

صيغ التمويل بالمشاركة

المبحث الأول

المضاربة

وحديثنا عن المضاربة نعرض فيه لتعريف المضاربة وخصائصها ، والصفة الشرعية للمضاربة ، والصفة الشرعية للمضارب ، أو شرط المضاربة وانتهاء عقد المضاربة وذلك في مطالب خمسة :

المطلب الأول

تعريف المضاربة وخصائصها

أولا : تعريف المضاربة :

المضاربة عقد بمقتضاه يقدم شخص يسمى رب المال لآخر يسمى المضارب مالا يسمى رأس مال المضاربة ليعمل فيه بحصة من ربحه .

ثانيا : خصائص المضاربة :

ويؤخذ من هذا التعريف أن أركان عقد المضاربة وخصائصها هي :

1- رب المال : وهو مالك رأس المال الذي يرغب في استثماره مع تحمل مخاطر هذا الاستثمار واستحقاق ربحه إلا ما شرط للعامل فيه تطبيقا لقاعدة ((الغنم بالغرم)) و ((الخراج بالضمان)) فرب المال هو الممول فردا أو بنكا أو مؤسسة استثمارية .

2- المضاربة: أو عامل القراض وهو الذي يقدم خبرته في استثمار أموال الآخرين بحصة معلومة من عائد هذا الاستثمار فهو يخاطر بعمله في مقابل هذه الحصة

، فإذا لم يتحقق ربح فلا شيء له ، وإن تحقق ربح استحق منه النسبة المتفق عليها قلت أو كثرت فعمله خاضع أيضا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) فهو ضامن لعمله أي مخاطر به ، في مقابل الخراج ، أي الربح المشروط له في عقد المضاربة ، كرب المال الذي يخاطر بماله ، أي بمنفعة ماله ، فيستحق الربح كذلك.

3- العمل : هو النشاط الذي يبذله المضارب في تنفيذ وإدارة المشروع واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه ويستوي أن يكون هذا المشروع تجاريا أو زراعيا أو صناعيا ، وهذا العمل هو سبب استحقاق المضارب لحصة في الربح ذلك أن العامل ، يخاطر بهذا العمل ، أو بعبارة أدق بمنفعة وقيمة العمل ، فاستحق الربح بسبب هذه المخاطرة وقد كان يمكنه أن يبيع عمله بأجر محدد مضمون على رب العمل في عقد العمل ، ولكنه آثر أن يخاطر به على أمل الحصول على ربح أكثر ، وإن كان غير محدد ولا مضمون وهذا كما قلنا تطبيق لقاعدة ((الخراج بالضمان)) وقد ذكرنا أن المالك يخاطر بملكه أيضا ، أي بمنفعة ملكه وقد كان يمكنه أن يحصل على عائد محدد مضمون لملكه في حالة تأجيره للغير ولكنه آثر أن يخاطر بهذا الملك على أمل الحصول على عائد أكبر من الأجرة المحددة المضمونة .

4- رأس المال : وهو مبلغ التمويل الذي يقدمه رب المال للمضارب طالب التمويل لإدارته واستثماره وهو سبب استحقاق المالك الممول للربح ، وفقا لقاعدة ((النماء يتبع الملك)) فنماء المال لمالكه بمقتضى حق الملكة ، ورب المال كذلك يخاطر بماله إذ عليه غرمه أي خسارته ، طالما أن المضارب لا يد له في هذه الخسارة ، كما أن له غنمه ، أي ربحه كما تقدم والحقيقة أن المضاربة تعني الشركة بين رب المال والمضارب الأول يضارب أي يخاطر ، برأس ماله ، والثاني يضارب ، أي يخاطر بعمله والمقصود برأس المال هو منفعته والمقصود بالعمل هو منفعته فكأن الشركة في الواقع بين منفعة رأس

المال ومنفعة العمل وكل من رب المال والمضارب يسأل في حدود حصته ، أي يخاطر بحصته في هذه الشركة ، وكل من منفعة رأس المال ومنفعة العمل مال ، لأنها تقوم في تأجير المال وأجرة العامل ولما كان كل منهما يخاطر أي يعرض نفسه للضمان استحقا الخراج أي الربح ، ويتم تحديد نسبة كل منهما فيه طبقا لقانون العرض والطلب أي عرض المال والخبرة والطلب عليهما ، ثم ينفذ على ذلك عقد المضاربة .

5- الربح : الربح هو المقصود من عقد المضاربة ، فقد شرعت لتنمية المال واستثماره ورب المال لا قصد له في عمل المضارب ولكن قصده تحقيق الربح ، ولذلك لا يستحق المضارب شيئا إذ لم يكن في المال ربح ، وهذا الربح يتحقق بالمال والعمل ، أو بعمل المضارب في المال ، ولذا يقال أن سبب استحقاق الربح للمضارب هو العمل وسب استحقاق الربح لرب المال هو رأس المال المخاطر به والحقيقة أن المضارب يستحق حصة من الربح بشرط ولكن رب المال يستحقها بالملك ولذا صح النص في العقد على حصة المضارب وحده إذ أن الباقي يكون لرب المال بحكم الملك تطبيقا لقاعدة ((نماء الملك للمالك)) الذي خاطر به وكذلك الحكم إذا فسدت المضاربة فإن الربح كله يكون لرب المال ، ويستحق المضاربة على رب المال أجر المثل ، لأنه لم يعمل مجانا وإنما عمل في مقابل عوض لم يسلم له ، فاستحق أجر المثل تحقيقا للعدالة والتوازن بين المراكز المالية .

6- العقد : العقد هو الصيغة التي تتكون من الإيجاب والقبول ، وهذه الصيغة هي التي تحدد رأس المال ومجالات عمل المضارب في مال المضاربة وحدود السلطات التي يمنحها رب المال للمضارب ، والشروط والقيود التي يشترطها عليها ، وطريقة توزيع الربح بين العاقدين ومدة العقد وغير ذلك وصيغة المضاربة قد تكون منجزة ، أو معلقة ، أو مؤقتة ، أو مضافة إلى الزمن المستقبل ، فالمنجزة هي التي يترتب عليها حكمها وأثرها عقب انعقادها ،

فيسلم رب المال للمضارب ليبدأ العمل فيه ، والأصل في المضاربة أن تكون منجزة .

وأما المعلقة فهي التي يتوقف وجود العقد فيها على وجود أمر في المستقبل كقول رب المال للمضارب ضاربتك إن رضي أبي أو إذا جاءني هذا المال ، والمضاربة المؤقتة هي التي ترتبط بقيد يحدد المدة التي تنتهي عندها كقوله ضاربتك سنة ، ويرى الحنابلة والحنفية أن المضاربة تقبل التعليق والتأقيت والإضافة لأنهم غلبوا فيها معنى الوكالة وصنفوها تحت طائفة الإسقاطات والإطلاقات التي تقبل بطبيعتها التعليق والتأقيت والإضافة ، وخالفهم في ذلك المالكية والشافعية الذين يرون أن المضاربة لا تقبل التعليق ولا التأقيت ولا الإضافة لأنها من عقود التمليك عندهم ، باعتبار أن مقتضاها تمليك الربح للمضارب فأعطوها خصائص التمليكات ويرى بعض الشافعية أن المضاربة مدة يمتنع عليه الشراء بعدها صح.

المطلب الثاني

الصفة الشرعية للمضاربة

يرى جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية أن المضاربة من عقود الإجـــارات لأن المضارب يعمل لدى رب المال في مال المضاربة بأجر ، هو حصة من الربح غير أن في هذه الإجارة غررا كثيرا في محل العقد ، وهو الأجرة والعمل فالأجرة نسبة شائعة من الـــربح وقد لا يكون هناك ربح ، وقد يزيد أن ينقص ، فينتفي شرط العلم بالأجرة ، فـــوق أن هذه الأجرة غير مضمونة على رب المال ، فالغرر فيها غـــرر في الحـــصول وفي المقـــدار وكذلك الحال بالنسبة للعمل فعقد الإجارة يقتضي تحديد العمل الذي يقوم به الأجـــير ، وفي المضاربة العمل غير محدد ، ولا معلوم ، ولذا قال الجمهور : إن المضاربة شرعت على خلاف القياس أي الأصل والقاعدة لأدلة ذكروها من الكتاب والسنة والإجماع ويترتـــب على هذا التكييف للمضاربة نتائج عملية نذكر بعضها فيما بعد .

أما الحنابلة فإنهم يرون أن المضاربة من جنس المشاركات ، لأن رب المال لـــيس لـــه قصد في عمل المضارب وإنما قصده تحقيق الربح والعاقدان يشتركان في الضمان والربح أما اشتراكهما في الضمان فلأن رب المال يخاطر بماله أي يتحمل بضمانه في حالـــة الهـــلاك والتلف والخسارة والمضارب يخاطر بعمله أي يتحمل مخاطرة فقد يعمل ولا يربح ، وهمـــا يشتركان في الربح بالنسبة المتفق عليها في عقد المضاربة ولذلك كانت المـــضاربة عنـــد الحنابلة مشروعة على مقتضى القياس أي الأصول والقواعد ، إذ الشركة لا يشترط فيهـــا العلم بالعمل والربح .

المطلب الثالث

الصفة الشرعية للمضارب

اهتم الفقهاء ببيان الصفة الشرعية للمضارب لما لذلك من أهمية بالغة في تطبيق أحكامها وذلك على النحو التالي :

1- المضارب وديع : بعد تسلمه لرأس مال المضاربة وقبل العمل فيه ، فرأس المال أمانة عنده يلتزمه بالمحافظة عليه ولا يضمن هلاكه وتلفه إذا كان الهلاك والتلف بسبب لا يد له فيه بأن لم يتعد و لم يقصر و لم يخالف شروط المضاربة.

2- المضارب شريك في الربح : إذا حصل في المال ربح بعمله ، فالعلاقة تتحول بالعمل في المال وحصوله الربح إلى مشاركة يكون العامل فيها شريكا بقدر الحصة المتفق عليها من الربح المتحقق .

3- المضاربة وكيل عن رب المال : إذا شرع في العمل في مال المضاربة ، وموضوع الوكالة أو محلها هو إدارة مال المضاربة واتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنه وهو بهذه الصفة يعمل لمصلحة موكله .

4- المضارب أجير بعد العمل : فإذا فسدت المضاربة تحولت إلى عقد عمل يستحق فيه المضارب أجر المثل ولرب المال جميع الربح لأنه نماء ماله .

5- المضارب غاصب : إذا تعدى أو قصر أو خالف شروط المضاربة ولذلك يضمن رأس مال المضاربة ولا يستحق نسبة وفي الربح وإذا ضمن المضارب رأس المال كله .

المطلب الرابع

شروط المضاربة

اشترط فقهاء الشرعية في المضاربة شروطا نوجزها فيما يلي :

أولا : شروط رأس مال المضاربة :

الشرط الأول :

أن يكون معلوما : فإن كان مجهولا لا تصح المضاربة به ، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط في صحة المضاربة .

خلط رأس مال المضاربة : مما يتعلق بشرط العلم برأس مال المضاربة ، خلطه بغيره والاتجار في المالين ويرى الحنفية والحنابلة أن المضارب لا يملك خلط مال المضاربة بماله ، ولا بمال مضاربة أخرى إلا إذا منحه رب المال تفويضا عاما وسلطات مطلقة ، بل أصر الشافعية على وجوب الإذن الخاص بالخلط ، فإن خلط دون تفويض أو دون إذن خاص كان ضامنا ، لأن المال عنده وديعة أو أمانة فلا يتصرف فيه إلا بالإذن وأضاف الشافعية أن هذا الخلط ليس من عادة التجار أما المالكية فقد أجازوا الخلط بمطلق العقد لأنه لا يضر برب المال ، ولان عادة التجار قد جرت به وربما كان الخلط أصلح للتجارة .

الشرط الثاني :

أن يكون نقدا : لأن النقود معيار للقيمة ، وتتميز بدرجة نسبية من الثبات وعلى ذلك لا تجوز المضاربة بالعروض مثلية أو قيمية على أني رد المضارب هذه العروض بعد انتهاء المضاربة إلى رب المال ويكون ما بقى بعد ردها ربحا يقتسمه مع رب المال ، فالمثلى يرد بمثله ، وما لا مثل له يرد قيمته وقد علل الفقهاء عدم جواز المضاربة بالعروض على النحو المتقدم ، بأن المضاربة مشروطة برد رأس المال وأقسام الربح ، وعقدها بالعروض يمنع من هذين الشرطين ، أما رأس المال فلأن من العروض ما لا مثل له فلم يمكن ردها ،

وأما الربح فتفضي المضاربة بالعروض إلى اختصاص أحدهما به إذا كان الربح لا يزيد على ثمن العروض[1] .

كما استدل بعض الفقهاء على منع المضاربة بالعرض بقاعدة ((الخراج بالـضمان)) فقالوا إن المضاربة بالعرض تؤدي إلى استحقاق المضارب لربح العـرض إذا زادت قيمتـه دون أن يكن ضامنا له ، وقد حكى عن بعض الفقهاء كطاووس والأوزاعي وابن أبي ليلى جواز المضاربة بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير ، فكل عقد صـح بالـدراهم صـح بالعروض كالبيع .

المضاربة بثمن العروض بعد بيعها :

وقد أجاز بعض الفقهاء ، الحنفية والظاهرية وبعض الحنابلة ورأي عند الزيديـة ، أن يدفع رب المال عروضا إلى المضارب لبيعها والمضاربة بثمنها ، لأن العـروض تـؤول إلى النقود قبل بدء العمل في المضاربة ، وقد اشترط الظاهرية أن يحد رب المال الثمن الـذي يبيع به المضارب العرض ، ويرى المالكية أن يتولى بيع العرض شخص آخر غير المضارب ، واشترط الزيدية أن يتم عقد المضاربة بعد بيع العرض وقبض ثمنه ومنع الشافعية المـضاربة بثمن العرض بد بيعه ، لأن ثمن البيع عند عقد المضاربة مجهول والمضاربة بالمال المجهول لا تجوز ، وبمثل هذا قال فقهاء الإمامية والذي نختاره هو جواز المضاربة بالعروض علـى ان تباع ويجعل ثمنها رأس مال .

المضاربة بقيمة العروض :

أجاز الحنابلة والأحناف المضاربة بالعروض في الشركة والمضاربة على ان تجعل قيمتها عند العقد هي أساس رأس مال المضاربة ويرد المضارب هذه القيمة بعد انتهاء المـضاربة ليكون الباقي هو الربح القابل للتوزيع ، لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المـالين وكون ربح المالين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تـصح

---

(1) المجموع شرح المهذب (362/14).

الشركة والمضاربة بها كالأثمان ويرجع كل واحد منهما في الشركة ، ويرجع رب المال في المضاربة عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد[1] .

الشرط الثالث :

أن يكون عينا حاضرة : فلا يصح أن يكون دينا في ذمة المضارب لأن رأس المال يجب أن يكون مملوكا لرب المال ، ومقدورا على تسليمه للمضارب للعمل فيه تحقيقا لغرض المضاربة والدين في ذمة المدين ليس مملوكا للدائن ، وليس مقدورا على تسليمه قبل قبضه فلا تجوز المضاربة به ومن جهة أخرى فإن المضاربة بالدين الذي في ذمة المدين ذريعة إلى الربا المحرم ، فقد يكون القصد تأخير الدين في مقابل زيادة تحت ستار المضاربة ، وقد أجاز بعض الحنابلة ذلك لأن المضارب إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته منه ويصير كما لو دفع إليه عرضا وقال بعه وضارب بثمنه ، وهذا رأي وجيه إذا روعيت شروط المضاربة وتم التأكد من قيام المضارب بالبيع والشراء برأس المال[2] .

أما إذا كان الدين في ذمة شخص ثالث وقال رب المال للمضارب اقبض مالي على فلان من الدين وضارب به فإن المضاربة تكون صحيحة عند بعض الفقهاء الحنفية والحنابلة والزيدية ، وذلك أن المضارب في هذه الحالة يصير وكيلا لرب المال في قبض هذا الدين وأمينا عليه ، لأنه قبضه بإذن صاحبه من غيره فجاز أن يجعله مضاربة والواقع أن المضاربة أضيفت هنا إلى المقبوض فكان المال عينا لا دينا وقد خالف في ذلك بعض الفقهاء المالكية والشافعية والإمامية فقالوا : بوجوب قبض الدين في حضور رب المال حتى يرد عقد المضاربة على عين لا دين .

المضاربة بالمنافع :

---

(1) المغني لابن قدامة (112/5).

(2) المغني لابن قدامة (190/5) .

المنافع ليست أعيانا وهي توجد شيئا فشيئا بمرور الزمن ويتعذر رد ما استوفى منـــها عند انتهاء المضاربة وكذلك لا يتصور أن تكون رأس مال المضاربة ، وبالمثـــل لا تجـــوز المضاربة بقيمة هذه المنافع ، لأن هذه القيمة تتغير فيؤدي ذلك إلى الغرر في مقدار الربح .

الشرط الرابع :

أن يكون مسلما إلى المضارب : لأنه أمانة في يده فلا يـــصح إلا بالتـــسليم ، وهـــو التخلية كالوديعة ، ولأن تسليمه إليه يمكنه من العمل فيه وهو الهدف من عقد المضاربة ، وبذلك قال الحنفية والشافعية والمالكية الذي يرون أن تسليم رأس المال للمـــضارب لازم لإطلاق يده في المال واستثماره ويرى الحنابلة أن إطلاق يد المـــضارب في التـــصرف لا يستلزم تسليمه المال ، بل يمكن أن يبقى المال تحت يد صاحبه أو تحت يد أمـــين وكلمـــا احتاج منه مبلغا أخذه ويمكن أن يفتح للمضاربة حساب بالبنك يودع فيه رأس المـــال ، وكلما احتاج المضارب سحب منه وعللوا ذلك بأن المضاربة تقتضي إطلاق يد المضارب في التصرف في مال غيره بجزء شائع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراك رب المال مع العامل في العمل وحيازة المال ولذلك تصح المضاربة إذا دفع ماله إلى اثنين مضاربة ولو لم يحصل تسليم المال لك منهما بل يكفي تسليمه لأحدهما .

ثانيا : شروط الربح :

الشرط الأول :

أن تكون حصة كل من المتعاقدين في الربح معلومة : كالنصف والثلث ، فإن كانت كالجزء والنصيب والحصة بطلت المضاربة لجهالة المعقود عليه ، ولـــو قـــال رب المـــال للمضارب اعمل في هذا المال مضاربة والربح بيننا صحت المضاربة ، ولكل منهما نصف الربح لدلالة العرف ولو تضمن عقد المضاربة تحديد حصة المضارب من الربح دون حصة رب المال صحت المضاربة لأن المضارب يستحق الرحب الشرط في مقابل العمل ، أمـــا رب المال فإنه يستحق الربح بالملك لأنه نماء ملكه فلا يحتاج في استحقاق باقي الـــربح إلى شرط .

الشرط الثاني :

أن تكون حصة كل من المتعاقدين نسبة شائعة من الربح : ذلك أن مقتضى عقد المضاربة اشتراك المتعاقدين في الربح الناتج عنها ، وهذا لا يتحقق إلا بهذا الشرط ، فإذا شرط لأحد العاقدين مبلغ مقطوع ولو مع نسبة شائعة من الربح كان العقد باطلا لأنه قد لا يربح غيرها فتنقطع الشركة بينهما في الربح ، وهو مقتضى العقد وكذلك لو شرط لأحدهما ربح صفقة بعينها أو بضاعة بعينها لأنها قد لا تربح ويربح غيرها ، أو العكس فتنقطع الشركة في الربح وق جاء في المبسوط للسرخسي[1] المقصود بهذا العقد الشركة في الربح وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الربح بينهما مع حصوله فهو مبطل للعقد لأنه مفوت لموجب العقد .

الشرط الثالث :

أن يكون الربح مشتركا بين العاقدين لا يستقل به أحدهما : فإذا شرط الربح كله لأحدهما فسدت المضاربة لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد ، وذلك أن مقتضى عقد المضاربة اشتراك العاقدين في الربح فإذا استقل به أحدهما كان ذلك منافيا لهذا المقتضى ، وبذلك قال الشافعية والحنابلة ، ويرى الحنفية أن هذا الشرط يحول عقد المضاربة إلى عقد قرض ، إذا شرط الربح كله للمضارب وإلى عقد إبضاع وهو إعطاء المال لمن يستثمره لصاحبه والربح كله لصاحب المال ، إذا شرط الربح كله لرب المال ، ويرى المالكية أن المضاربة مع هذا الشرط صحيحة ، وتترتب عليها آثارها ، عدا الأثر الخاص بالاشتراك في الربح إذا الربح مع هذا الشرط هبة من أحد العاقدين للآخر ويترتب على ذلك أن رب المال يتحمل مخاطر استثماره وهو في يد المضارب دون أن يكون له شيء من الربح لأنه وهبه من المضارب .

---

(1) المبسوط للسرخسي (19/12).

الشرط الرابع :

أن يكون مختصا بالعاقدين : لا حق فيه لغيرهما ، ذلك أن الربح يستحق إما بالعمل وإما بالمال وإما بالضمان والمضارب يستحق بالعمل ورب المال يستحق بالمال لأن نماء الربح ملكه إلا ما شرط منه للمضارب ، وغير العاقدين لا ملك له ولا عمل ولا ضمان ، فلا يستحق شيئا من الربح فهذا شرط فاسد يترتب عليه فساد العقد ، لجهالة نصيب كل من العاقدين في الربح ذلك أنهما لم يتفقا على تقسيم ما اشترط للغير فتعود الجهالة إلى جميع الربح والحنفية وإن قالوا بأن الغير لا يستحق شيئا من الربح بهذا الشرط الفاسد إلا ان العقد صحيح مع هذا الشرط ويعود الجزء الذي شرط للغير إلى رب المال لأن الربح كله نماء ملكه إلا ما منحه للغير بشرط صحيح كالمضارب ، أما ما منحه بشرط فاسد فإنه يعود إليه والمالكية يصححون الشرط والعقد ويرون أن للعاقدين أن يشترطا الربح كله أو جزء منه للغير لأن ذلك من قبيل التبرع بالمعدوم وقت عقد التبرع وهو جائز عندهم كاشتراط ثلث الربح للمساكين والقائلون بعدم جواز اشتراط حصة من الربح لطرف ثالث غير العاقدين كالحنفية ، والحنابلة ويجوزون ذلك إذا شرط العمل في المضاربة على الغير لأن ما يأخذه الغير يكون في مقابل العمل ، والذي أراه هو جواز الاشتراط لأن الحق لهما لا يعدوهما ولان هذا يفتح أبوابا لتخصيص بعض الأرباح لجهات البر والتعليم والبحوث ولضمان مخاطر الاستثمار .

ثالثا : شروط العمل في المضاربة :

عمل المضارب هو الركن الأساسي في المضاربة لأن به يتحقق الربح وبسببه يدفع رب المال ماله للمضارب ورب المال لا يقصد عمل المضارب في ذاته وإلا لاستأجره على العمل ولكن يقصد تحقق الربح بهذا العمل والمضارب يخاطر بعمله أي بقيمة هذا العمل في مقابل حصة من الربح وقد يحصل على ربح وقد لا يحصل ولذلك استحق نسبة من الربح في مقابل هذا الضمان وتلك المخاطرة تطبيقا لقاعدة ((الخراج بالضمان)) ولذا اشترط أن يكون للعمل تأثير في النماء والربح والعمل هو كل جهد عضلي أو عقلي يقوم به المضارب بقصد استثمار مال المضاربة وتحقيق الربح وهو يتمثل في الإدارة واتخاذ القرارات

الاستثمارية بجانب الجهد العضلي الذي يلزم المضارب في العرف والعادة وقد ذكر الفقهاء للعمل شروطا هي :

الشرط الأول :

أن يقوم به المضارب وحده : فإذا شرط رب المال أن يعمل مع المضارب فسدت المضاربة ، وعمله مع المضارب يشمل اتخاذ القرارات بجانب الأعمال العضلية ، وهذا الشرط يتنافى مع مقتضى العقد من تفويض مالك المال المضارب في الإدارة واتخاذ القرارات الاستثمارية على مسئوليته فلا ينبغي أن يتدخل رب المال في العمل لأنه يضر بمصالح المضارب وهذا المنع يقتصر على حالة اشتراطه في عقد المضاربة أما إذا تطوع رب العمل بالعمل مع المضارب فإن الفقهاء لا يمنعون منه وعدم تدخل رب المال في عمل المضارب بالشرط هو رأي الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ، أما الحنابلة فقد أجازوا اشتراط رب المال العمل مع المضارب فله ، أن يدير مع المضارب ويتخذ القرارات الاستثمارية معه ذلك أن مقتضى عقد المضاربة أي حكمه الأساسي هو إطلاق يد المضارب في التصرف وليس تسليم رأس المال إليه وهذا متحقق مع اشتراط عمل رب المال مع المضارب ، وكأن المضاربة عندهم نوع من الشركة وإن اختصت باسم معين .

الشرط الثاني :

أن يكون في مجال التجارة : يرى الشافعية وبعض الفقهاء أن العمل في المضاربة يقتصر على النشاط التجاري المتمثل في الشراء والبيع ودون أن يكون بين الشراء والبيع نشاط آخر كما في الصناعة والزراعة لأنهم يرون المضاربة شرعت على خلاف القياس فيقتصر فيها على مورد النص وظهور الحاجة والحاجة ماسة إلى العمل التجاري دون الصناعي والزراعي لأن تحديد العمل الذي يقوم به المضارب في التجارة متعذر فكانت الإجارة عليه غير جائزة ، بخلاف الصناعة والزراعة فإنه يجوز الاستئجار عليهما لسهولة تحديد العمل فيهما فلا تجوز المضاربة لعدم ظهور الحاجة .

وقد خالف جمهور الفقهاء الشافعية في هذا الشرط ، وقالوا بجوازها في الزراعة والصناعة وكافة الأنشطة التي تؤدي إلى استثمار المال وتنميته وتحقيق الربح فيه لأن هذا كله صنيع التجار ذلك أن القصد من المضاربة هو تحقق الربح ، والربح في هذه الأنشطة متوقع فجاز العمل فيها ، بل إن الحنابلة أجازوا أن يعطي صاحب القماش قماشه لمن يخيطه ثيابا أو غزلا لينسجه ثيابا ثم يبيعها ويشتركان في ثمنه .

الشرط الثالث :

أن تكون سلطة العمل والتصرف للمضارب كافية في تحقيق الربح .

أقسام المضاربة :

من يتعامل معهم المضارب ، وقد تتضمن صيغة المضاربة المطلقة عبارة التفويض العام أو الإذن الصريح وللفقهاء في هذه الصيغ اجتهادات مختلفة والمقيدة ما عين فيها رب المال للمضارب نوع النشاط والعمل أو الزمان والمكان الذي يمارس فيه هذا النشاط ،أو الطوائف التي يتعامل معها وهذه القيود كلها صحيحة طالما أنها لا تنافي مقتضى العقد ، ولا تخل بمقصوده وتكون في مصلحة المضاربة ، وقد اختلف الفقهاء في تطبيق هذه القاعدة على بعض الشروط والقيود ، فبعض الفقهاء يرى أنها تغل يد المضارب في التصرف ، فتمنع مقصود المضاربة من العمل والربح ، كاشتراط التجارة في سلعة يعز وجودها أو البيع والشراء من نفس الشخص والعبرة في ذلك بالعرف والواقع لأنه ليس فيها نص من الشرع ولا ضابط من اللغة .

المطلب الخامس

انتهاء عقد المضاربة

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنه يجوز فسخ المضاربة من أحد العاقدين رب المال أو المضارب لأنها من العقود غير اللازمة سواء بدا المضارب في العمل أم لم يبدأ فعقد المضاربة في أوله وكالة وعند ظهور الربح شركة ، وهما عقدان جائزان ، أي غير لازمين ، أما المالكية فإنه يجيزون الفسخ قبل بدء العمل ، أما إذا بدأ العمل وأصبح رأس المال غير ناض بأن تحول إلى سلع فإنها تكون لازمة لا يجوز لأحد العاقدين الاستقلال بفسخها ، لما فيه من الإضرار بالآخر .

وإذا انفسخت المضاربة امتنع على المضارب الشراء ويقتصر عمله على بيع العروض وتحويلها إلى نقود وتصفية المضاربة .

ويجوز الاتفاق بينهما على بيع العروض وتقويمها أو قسمتها أو إعطائها لرب المال لأن الحق لهما لا يعدوهما فجاز ما اتفقا عليه في التصفية أما في حالة الاختلاف على تصفية العروض فللفقهاء اجتهادات مختلفة يرجع إليها .

وتنتهي المضاربة بموت أحد العاقدين لأنها وكالة ، والوكالة لا تورث وذلك عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ، ويستوي في ذلك أن يكون الموت قبل العمل أو بعده وتجب التصفية ورد رأس المال لصاحبه وقسمة الربح إن كان هناك ربح والمالكية يرون أن المضاربة لا تنفسخ بموت أحد العاقدين ويحل وارثه محله وللورثة الاتفاق على استمرار المضاربة فإن اختلفوا استمر العقد حتى ينضض المال .

المطلب السادس

المضاربة في البنوك الإسلامية

تطبيق البنوك الإسلامية المضاربة في مجالين : أحدهما : مجال جمع المدخرات والودائع ، وثانيهما : مجال استثمار هذه الودائع .

أولا : مجال جمع المدخرات والودائع :

وتلقى البنوك الإسلامية الودائع من عملائها على أساس عقد المضاربة وذلك بالنسبة للودائع الاستثمارية كما تتلقى ودائع تحت الطلب تسمى الحسابات الجارية وتعتبر هذه اقرضا من الناحية الشرعية تلتزم البنوك بردها ولا يستحق المودع عليها عائدا ، أما الودائع الاستثمارية على أساس عقد المضاربة فمملوكة لأصحابها ويستثمرها البنك نيابة عنهم بحصة من ربحها .

وللودائع الاستثمارية أنواع حسب الإطلاق والتقييد ، فالوديعة المطلقة يجوز للبنك استثمارها في وعاء مشترك مع أمواله وأموال المودعين الآخرين ، وهي في الغالب ودائع محددة المدة لا يجوز السحب منها قبل نهاية هذه المدة أما الوديعة المقيدة فهي ما حدد المودع (رب المال) فيها مجال الاستثمار وهي تكون محددة المدة أيضا بحياة المشروع أو مدة النشاط وعلى البنك أن يلتزم بشروط المودع ، ويمسك لهذه الودائع حسابا مستقلا ، وهناك ودائع ادخارية يجوز للبنك استثمارها في الوعاء المشترك وتقل نسبة أرباحها عن الودائع المطلقة لأنه يجوز السحب منها في حدود معينة ، وللبنوك أن تقدم من الأوعية الادخارية ما تراه محققا للمصلحة وفق أحكام المضاربة الشرعية .

ثانيا : مجال استثمار هذه الودائع :

تستخدم البنوك الإسلامية عقد المضاربة في استثمار الودائع الاستثمارية بناء على أن للبنك باعتباره مضاربا الحق في أن يدفع مال المضاربة إلى مضارب آخر بحصة من الربح ، وفق عقد مضاربة آخر يحدد نوع المشروع وشرط المضاربة ومن أن المضاربة من أحسن

صيغ الاستثمار شرعيا واقتصاديا وأكثرها نجاحا في جال التطبيق العملي ، فـــإن إقبـــال البنوك الإسلامية عليها غير مشجع ولعل ذلك يرجع إلى تحمل البنـــك وحـــده مخـــاطر الاستثمار لأن يد المضارب يد أمانة فلا يضمن إلا في حالات إثبات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة وهو أمر يتعذر على البنك إثباته في غالب الأحوال ، ويمكن التغلب على هذه المشكلة بإلزام المضارب بتقديم دراسة جدوى فنية للمشروع المزمع تمويله بحيث يعتبر مسؤولا عن صحة المعلومات والبيانات والأرقام الواردة في تلك الدراســـة وضـــامنا لأي ضرر يلحق البنك إذا كان نتائج الاستثمار مخالفة لنتائج دراســـة الجـــدوى ، إلا إذا أثبت أن هذه المخالفة كانت لأسباب طارئة لم يكن يتوقعها ولا يد له فيهـــا وهـــو مـــا يطلقعليه في القانون ((السبب الأجنبي)) أو القوة القاهرة ، وذلك لأن التغرير بـــالقول كالتغرير بالفعل يوجب الضمان .

كما أن للبنك أن يراقب نشاط المضارب ويطلع على حسابات المضاربة للتأكد مـــن التزام المضارب بشروط المضاربة ، المعروفة ، والمتفق عليها في العقد كما أن له على رأي الحنابلة أن يشارك المضارب في اتخاذ القرارات .

والبنوك الإسلامية مطالبة بوضع نظام للاستعلام عن العلماء والتأكد مـــن أمانتـــهم وقدرهم على الوفاء بالتزاماهم ، كما أن لها أخذ الضمانات لما عساه أن يثبـــت في ذمـــة المضارب من تعويض نتيجة التعدي أو التقصير ومخالفة شروط المضاربة .

المبحث الثاني

المزارعة

ونتكلم في معرض حديثنا عن المزارعة عن تعريفها وخصائصها وعن الصفة الشرعية للمزارعة وحكم المزارعة ، وصور المزارعة ، وضمان أن مسئولية المزارع ، ومالك الأرض ، وعن انتهاء المزارعة وطريقة استخدام عقد المزارعة في البنوك الإسلامية وذلك في مطالب سبعة :

المطلب الأول

تعريف المزارعة وخصائصها

أولا تعريفها :

عقد المزارعة : عقد بين اثنين أحدهما مالك الأرض ، أو صاحب الحق فيها وثانيهما هو عامل الزراعة على أن يدفع الأول أرضه للثاني ليزرعها بحصة شائعة معلومة من نمائها وهو الزرع سواء كانت آلات الزراعة وتكاليفها أو مدخلاتها كالبذر والسماد والمبيدات الحشرية من مالك الأرض أو من العامل .

ثانيا خصائص المزارعة :

1- يظهر من تعريف المزارعة أنها عقد على المشاركة بين مالك أصل ثابت هو الأرض ، وصاحب خبرة في مجال الزراعة وهو عامل المزارعة ، وموضوع هذه المشاركة أو محلها هو منفعة الأرض ومنفعة العمل فالمالك يساهم بمنفعة أرضه ، والعامل يساهم بمنفعة عمله وكلاهما يخاطر من أجل الحصول على الربح وهذه هي الصفة الشرعية للمشاركات التي تختلف فيها عن المعاوضات.

2- أن آلات الزراعة : ومدخلاتها كالبذر والسماد قد تكون من مالك الأرض ، وقد تكون من العامل وقد يكون بعضها من المالك وبعضها من العامل خلافا لمن اشترط أن يكون البذر من مالك الأرض في جميع الأحوال ، وقد تكون هذه كلها أو بعضها شخص ثالث على رأي المالكية .

3- أن مالك الأرض لابد أن يسلم الأرض للعامل ويمكنه من الاستقلال بالعمل فيها دون تدخل فيه ولا عمل معه ، ولا تضييق عليه في زراعة ، فالعامل هو صاحب القرار الاستثماري في استغلال الأرض حسب شروط عقد المزارعة ، ومن الواضح أن هذه الأرض يجب أن تكون معلومة وأن تكون للزراعة حتى يتحقق مقصود العقد .

4- أن العامل يستحق حصة من الزرع الخارج يحددها العقد وهذه الحصة يجب أن تكون معلومة بنسبة شائعة في النماء ، أو الزرع ، لا قدرا محددا ، ولا زرع بقعة بعينها حتى لا تنقطع الشركة بين العامل ومالك الأرض إذا لم يخرج إلا ذلك القدر من الأرض ، وحصة العاملة خاضعة لقانون العرض والطلب على الأرض والخبرة الزراعية ، وتحددها شروط عقد المزارعة ، فاستحقاق حصة مالك الأرض بسبب ملكه لأنه نماء ملكه واستحقاق عامل المزارعة بالعمل حسب الشرط المتفق عليه بينه وبين مالك الأرض .

المطلب الثاني

الصفة الشرعية للمزارعة

المزارعة ، مشاركة بالمعنى الحقيقي للمشاركات في الفقه الإسلامي وهي مشاركة بين مالك أصل ثابت وقد يقدم معه أصولا متداولة كالبذر والسماد وآلات الزراعة ، وبين العامل وهي تقوم على المخاطرة أي تحمل المخاطر فمالك الأرض يخاطر بمنفعة أرضه وقد كان يمكنه تأجيرها بأجرة معلومة مضمونة على المستأجر ولكنه آثر المخاطرة أملا في ربح أكثر ، والعامل الزراعي يخاطر بعمله فقد يزرع ولا يخرج الزرع فلا يأخذ شيئا وقد يكون الخارج قليلا ، وكان يمكنه أن يؤجر خدماته بأجرة معلومة ومضمونة ، على مالك الأرض ولكنه آثر أن يخاطر بمنفعة عمله أملا في ربح أكبر ، فإذا حصل الزرع أخذ العامل حصته منه ، وإن لم يحصل لم يأخذ شيئا وكذلك مالك الأرض الزراعية ، ذلك أن رب الأرض لا قصد ، له في عمل المزارع ، وإلا لاستأجره بأجرة معلومة مضمونة ، ولكن قصده في حصوله النماء والإنتاج ، فإذا لم يحصل ذلك بعمل المزارع فلا شيء للمزارع .

وهذه المشاركة مشاركة في الربح دون الأصل الثابت ، ولا الأصول المتداولة التي يقدمها مالك الأرض كالمضاربة فإن المشاركة فيها تكون في الربح دون رأس المال ، والفرق بينهما أن رأس المال في مضاربة يتم التصرف فيه بالبيع والشراء والتحول إلى عروض وسلع ثم إلى نقود مرة أخرى فلا يبقى على حاله وقد يخسر رب المال فيضيع بعض رأس ماله أو كله ، أما المزارعة فإن الأصل الثابت هو الأرض وهذه لا يتم التصرف فيها بالبيع والشراء والتحويل وخسارتها المنصورة فهي في استهلاكها ، وهو نقص قليل القيمة ، وترجع الأرض إلى صاحبها كما هي :

والمشاركة لا تستلزم المشاركة في رأس المال ، فقد لا يكون فيها رأس المال أصلا كالوجوه والصنائع وقد يكون فيها رأس مال غير مشترك يملكه أحد الشركاء فقط .

المطلب الثالث

حكم المزارعة

والمزارعة تجوز عند جمهور الفقهاء كالمالكية والحنابلة ، وتجوز عند الـــشافعية تعبـــا للشجر في المساقاة ومنعها بعضهم ، لأدلة لا تنهض معارضا لعمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم في جميع الأمصار حتى صار ذلك إجماعا ولأن المزارعة عقد مشاركة وجب بيـــان مدة المزارعة والزراعات التي يجوز لعامل الزراعة زراعتها وغير ذلك ممـــا يلـــزم للعمـــل والمزارعة عقد غير لازم بحيث لا يجبر مالك البذر على وضع بذره في الأرض لأنه يتلفـــه وقد لا ينبت زرع فيقع عليه الضرر فوجب أن يكون العقد غير لازم وبعد العمل يكـــون لازما فإذا مات العامل قام ورثته مكانه ، وانتقلت إليهم حقوق والتزامـــات العقـــد وإذا مات صاحب الأرض بقي العقد لازما في حق ورثته .

المطلب الرابع

صور المزارعة

هناك صور عدة للمشاركة في المزارعة يجمعها أن الأرض دائما من جانب والعمل من جانب آخر وأما البذر والسماد ومدخلات الزراعة وآلاتها فقد تكون من مالك الأرض أو من العامل ، أو منهما معا حسب الاتفاق بل أجاز المالكية أن تكون المزارعة شركة بين أكثر من اثنين فبعض الشركاء يقدم الأرض وبعضهم يقدم البذر وبعضهم يقدم آلات ومعدات زراعية ، وبعضهم يقدم العمل ، فهذه شركة تخضع لاتفاق الشركاء على من يقدم الأصول الثابتة والأصول المتداولة ، وكل شريك يخاطر بأصله كالعامل يخاطر بعمله رجاء الربح من الله تعالى ولذلك كان الربح مستحقا لهم بالشرط لأن ((الخراج بالضمان)) أي الربح بسبب المخاطرة .

المطلب الخامس

ضمان أو مسؤولية المزارع ومالك الأرض

يد العامل في المزارعة يد أمانة على الزرع ، فهو لا يضمن تلف الزرع أو هلاكه إلا بالتعدي ، أو التقصير أو مخالفة شروط المزارعة ، إذا لم يخرج زرع من الأرض فليس مسؤولا عن تعويض مالك الأرض أي ليس عليه أجر الأرض لأن هذه مشاركة وليست إجارة .

ورب الأرض تحدد مسؤوليته أو ضمانه بتقديم الأرض ، والأصول المتداولة الأخرى وتحمل قسط استهلاكها من الزرع وليس عليه فوق ذلك شيء للعامل إذا لم يخرج زرع أو كان الخارج قليلا لأن هذه مشاركة في النماء وليست أجرة مقابل العمل .

المطلب السادس

انتهاء المزارعة

إذا انقضت مدة المزارعة قبل نضوج الزرع وحصاده فإن العقد يمتد بحكم الشرع محافظة على الزرع ، وعلى العامل أجرة الأرض قيما يقابل حصته من الزرع ، أما تكلفة الزراعة فتقسم بينهما بقدر حصصهما .

أما إذا فسدت المزارعة لفقد أحد شروطها أو لوجود شرط مفسد ، فإن الزرع يكون لصاحب البذر لأنه نما ملكه وعليه أجر المثل لصاحب الأرض ، وإن كان هو صاحب الأرض فعليه مثل أجر العامل .

المطب السابع

طريقة استخدام عقد المزارعة في البنوك الإسلامية

تستطيع البنوك الإسلامية أن تمول الأرض وذلك بطريق شرائها أو تأجيرها ثم دفعها للشركات الزراعية لتزرعها مع الاتفاق على توزيع النماء أي ناتج الأرض وفي هذه الحالة يمكن للبنك أن يمول مع الأرض أو بدونها مدخلات الزراعة كالبذور والسماد والمبيدات الحشرية أو الآلات والمعدات وهذه تشبه المشاركة العادية بالنسبة للبنك فهو يقدم الأصول الثابتة والمتداولة في عملية استثمار زراعي في مقابل حصة معينة هي نسبة شائعة من المحصول الزراعي وهذا أيسر على المزارعين بدلا من اللجوء إلى القرض بفائدة ، وهذه الصيغة قريبة من السلم في المحاصيل الزراعية إذا كان رأس مال السلم من العروض كأن يسلم البنك الإسلامي البذور والأسمدة وبقية مدخلات الزراعة والمعدات الزراعية في مقابل قمح أو سمسم أو ذرة واشترط المالكية الاختلاف في الجنس ، فلم يجيزوا أن يسلم البنك بذر قمح في قمح ، ولا صغار الحيوان في كبارها مما تحتاجه المزرعة .

كما يستطيع البنك كذلك أن يأخذ دور عامل الزراعة وذلك بأن يأخذ مساحة كبيرة كألف فدان مثلا من مالكها حكومة أو شركة على أن يتولى زراعتها بمصاريف ونفقات من عنده فيمول البنك المعدات والآلات ومدخلات الزراعة والعمالة ويؤجراها شركات استزراع أو يكون لديه شركات استزراع تابعة أو فرع للبنك الإسلامي يختص بالاستثمار الزراعي في البلاد الزراعية التي يمثل النشاط الزراعي فيها قاعدة اقتصادية كبيرة.

كما يجوز للبنك أن يمول المعدات فقط أو المدخلات فقط أو العمالة أي المصروفات الجارية فقط، ويستحق حصة أو نسبة شائعة في المحصول وقد طبقت البنوك الإسلامية في السودان نظام المزارعة مع صغار المزارعين فكانت دافعا قويما للإنتاج الزراعي وحققت نتائج طيبة .

المبحث الثالث

المساقاة

نتحدث في هذا المبحث عن تعريف المساقاة وخصائصها ومجال المساقاة وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

تعريف المساقاة وخصائصها

المساقاة هي عقد بين مالك شجر معين وبيع عامل له خبرة بمعالجة الشجر وخدمته ورعايته وسقيه والعناية به (ويسمى المساقي) على أن يقوم الأخير بخدمة الشجر الذي يقدمه الأول مدة معلومة ، في مقابل نسبة شائعة معلومة من الثمر الخارج من ذلك الشجر ، وما قيل في المزارعة يقال في المساقاة من حيث الخصائص والشروط والأحكام في الجملة والفرق أن محل المزارعة هو زراعة الأرض ، ومحل المساقاة هو العناية بالشجر وتسميده وتقليمه وتشذيبه وتنقيته وحمايته من الآفات وغير ذلك مما يلزم الشجر للإثمار والعقد هو الذي يحدد حصة المساقي في الثمر ، ويشترط أن تكون معلومة وأن تكون نسبة شائعة في التمر كما يشترط أن يسلم مالك الشجر الشجر للمساقي وأن يطلق يده فيه ، إلى آخر ما قيل في المزارعة ، لأنها مشاركة وأساس الاستحقاق فيهما واحد ، وهو بالنسبة لمالك الأرض والشجر المخاطرة بالملك وبالنسبة للعامل المخاطرة بالعمل ، والعقد هو الذي يحدد حصة كل منهما في الربح المستحق بالضمان .

المطلب الثاني

مجال المساقاة

تجوز المساقاة في جميع أنواع الشجر المثمر ، لإطلاق الأحاديث والأدلة التي وردت في مشروعية المساقاة وبعض الفقهاء خصها بالنخيل والعنب ولا دليل له على التخصيص والمقصود بالشجر هو ما يخرج من الأرض ويبقى مدة سنة فأكثر أما أنواع النباتات التي لا تبقى سنة فليست محلا للمساقاة .

وتستطيع البنوك الإسلامية أن تمول هذا المجال من مجالات الاستثمار في البلاد التي تعني بمحاصيل الفاكهة على نطاق واسع ، وتمويل البنك قد يكون للحدائق والبساتين التي يملكها أو يستأجرها ثم يعطيها لشركات الإشراف على هذه الحدائق بحصة من الثمار ، ويمكن للبنك أن يستصلح مساحات من الأرض ويغرسها أشجارا ثم يتعاقد مع شركات متخصصة لرعاية هذه الأشجار حتى تخرج ثمارها في مقابل حصة من هذه الثمار ، ذلك أن هذه المشروعات وخصوصا الكبيرة منها تحتاج إلى تمويل وهذا التمويل لا يجوز أن يكون عن طريق القرض الربوي فلم يبق بديل إلا البنك الإسلامي ، إذ أريد التزام النظام المصرفي بمبادئ الشريعة .

وقد يمول البنك أعمال المساقي بمعنى أن يكون البنك مساقيا ويستأجر شركات متخصصة لهذا العمل كما تفعل البنوك الإسلامية في مجال الصناعة ، فإن البنك يدخل صانعا في عقد استصناع وهو لا يقوم بصناعة السفن والطائرات والأبراج والمدن السكنية بنفسه ولكنه يتعاقد مع صانع ، أي مقاول بقوم بهذا العمل بثمن أقل مما حصل عليه البنك باعتباره صانعا فكذلك الحال في العناية بالحدائق باعتباره مساقيا ثم يستأجر شركات متخصصة في ذلك .

المبحث الرابع

المغارسة

ونعرضها في مطلبين :

المطلب الأول : تعريف المغارسة وخصائصها .

المطلب الثاني : إمكانية تمويل البنوك الإسلامية للمغارسة .

المطلب الأول

تعريف المغارسة وخصائصها

المغارسة عقد بين صاحب أرض وبين عامل يدفع الأول بموجبه أرضه للثاني ليغرس فيها شجرا من عنده بنصيب من الأرض والشجر وقد قال بها المالكية وخالفهم الجمهور ، وأجاز الجمهور أن يغرس العامل الشجر في الأرض بأجرة معلومة مضمونة على صاحب الأرض .

وقد اشترط المالكية أن تكون الأشجار ثابتة الأصول دون الزرع وغيره من البقول والمقاثي ، وأن تكون الأشجار من نوع واحد أو أنواع جنس واحد كالموالح من برتقال وليمون وغيره ، أو الحلويات كالخوخ والبرقوق الأحمر والأصفر ، وأن تكون الأشجار متقاربة في مدة إثمارها وأن يكون أجل المغارسة مدة إنتاج الثمر دون زيادة وأن يستحق العامل حصة من الأرض والشجر وليس الشجر فقط .

والعقد هو الذي يحدد حصة العامل من الأرض والغراس مقابل عمله ن وتكون نسبة شائعة وإذا كانت المغارسة فاسدة فلرب الأرض أن يعطي العامل أجرته ويأخذ الغراس أو يطلب منه قلع الشجر ، والعامل يستحق هذه الحصة بعمله والمالك يستحق الباقي لأنه نماء ملكه .

المطلب الثاني

هل يمكن للبنوك الإسلامية تمويل المغارسة

في ظل اقتصاد إسلامي يلتزم بالتمويل بالصيغ الإسلامية دون الفائدة وفي ظل نظـــام مصرفي بجميع المدخرات ويوجهها للاستثمار ويمول المشروعات بالصيغ الشرعية ، لابـــد من القول بأن البنك الإسلامي يستطيع أن يمول نشاط إحياء الموات وغـــرس الأراضـــي بالأشجار وتحويلها إلى بساتين وجنات وذلك بأحد طريقين :

أحدهما : تمويل الأرض وذلك بشرائها أو تخصيصها من الدولة ودفع تكاليف الشراء والتخصيص ثم دفعها لمن يقوم بالغراس وزراعة أشجار الفاكهة في مقابل حـــصة مـــن الأرض والغراس معا ، فالبنك يمول الأرض والفرد العامل أو الشركة المتخصصة في زراعة الحدائق يقوم بالغرس ويدفع الأجور ، ويستأجر الآلات والمعدات ويحفر آبار المياه وأجهزة نظام الري وما إلى ذلك حتى تثمر الأشجار ثم تأخذ الشركة حصتها ويقوم البنك ببيـــع الباقي أو تأجيره كما يمكن للبنك أن يقوم بتمويل الغرس فيدفع مبلغ التمويـــل لأجـــور العمل ونفقات ومصاريف غرس الشجر ، في مقابل حصة من هذه الأرض بما عليها مـــن أشجار ثم يبيعها البنك أو يؤجرها فيحصل على مبالغ التمويل مع ربح .

وليست هناك مشكلة في ظل النظام المصرفي الإسلامي في تمويل هذا النشاط ككـــل أوجه النشاط التي تحتاج إلى تمويل لأن الاستثمار والتنمية فريضة والتمويل لازم لها وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وإلا فكيف يتم الاستثمار في مجالات الإنتاج الزراعـــي في بلاد تعتمد على الزراعة وخصوصا زراعة الأشجار ، والصناعات الغذائية القائمة عليهـــا وصناعة التعليب والتجميد للفواكه وتصدير الفائض إذا وجدت مساحات شاســـعة مـــن الأراضي الصالحة لزراعة الفواكه كآسيا الوسطى بالنسبة لزراعة التفاح والكمثرى فـــإذا كانت هناك مشروعات كبرى وهناك شركات تقوم بالإنتاج الزراعي واستغلال الأراضي في الغراس فإن النظام المصرفي الإسلامي مطالب بإيجاد صيغ التمويل الإسلامي المناسبة وقد يتم هذا الاستثمار أيضا بطريق المشاركات ، ولكن المهم هو أن وجود أكثر من صـــيغة

لتمويل نشاط معين يفتح مجالات التيسير على الناس والعمل وفق عـــاداتهم إذا اعتـــادوا المغارسة .

المحتويات